



Beatriz Bizarro Pisani da Graça

A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito,

Orientador:

Professor Doutor Pedro Caetano Nunes, Professor da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

Março, 2018

Universidade Nova de Lisboa
Faculdade de Direito

Beatriz Bizarro Pisani da Graça

A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Direito e Gestão, sob Orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Caetano Nunes.

Lisboa, Março, 2018

Declaração de compromisso anti-plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Agradecimentos

Finalizada mais uma etapa da minha vida e do meu percurso acadêmico, gostaria de agradecer a todos aqueles que me acompanharam e me ajudaram nesta fase tão importante.

Começo por expressar o meu grande agradecimento ao Professor Doutor Pedro Caetano Nunes, cuja ajuda, orientação e disponibilidade em muito contribuíram para a realização desta dissertação.

Agradeço à minha família, em especial, à minha Mãe e ao meu Pai, por todo o apoio que me deram e por toda a formação que me proporcionaram.

À minha irmã agradeço a motivação e a paciência.

Ao Pedro, por nunca deixar de acreditar em mim e me apoiar incondicionalmente.

Breves notas

Modo de citar: as referências bibliográficas serão efetuadas de modo resumido, conforme a seguinte regra: nome(s) do(s) autor(es), título reduzido ou completo (no caso o título ser curto será referenciado de forma completa) e página(s) a consultar.

As referências bibliográficas completas estão disponíveis na Bibliografia.

Número de caracteres: na redação do corpo da presente dissertação, incluindo notas e espaços, foram utilizados 196.386 caracteres.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

ACE – Agrupamentos Complementares de Empresas

AEIE – Agrupamentos Europeus de Interesse Económico

art. – artigo

arts. – artigos

CC – Código Civil

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Cfr. – Confortar

DL – Decreto-Lei

ed. – Edição

IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho

n.º – número

p. – página

pp. – páginas

Proc. – Processo

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

UNL – Universidade Nova de Lisboa

vol. – volume

Resumo

O tema da insolvência assume grande relevância na sociedade portuguesa. No nosso país um elevado número de empresas acaba em ruína. Uma das causas deste problema é a adoção, pelos administradores das nossas empresas, de comportamentos que colocam em risco a sobrevivência das mesmas. É assim que nos confrontamos com a necessidade de descortinar como e em que medida é que os administradores que causem ou agravem a situação de insolvência podem por ela ser responsabilizados.

De modo a dar resposta a esta questão iremos analisar todo o regime da responsabilização dos administradores presente no CIRE, bem como as interligações que demonstrarem ser necessárias efetuar entre este diploma e o CSC.

Palavras-chave: administradores, responsabilidade, insolvência, qualificação da insolvência, culpa.

Abstract

The subject of insolvency assumes great relevance in the Portuguese society. In our country, a high number of companies ends up in ruin. One of the causes of this problem is the irresponsible behaviour of our companies' administrators that jeopardize their survival. We have to face with the need to see how and to what extent the administrators that cause the insolvency situation or make it worse can be held responsible for it.

In order to answer this question, we will analyse the entire regime of the accountability of the administrators present in the CIRE, as well as the interconnections, which proved to be necessary, to make between this diploma and the CSC.

Keywords: administrators, liability, insolvency, insolvency qualification, guilt.

Introdução

Nos últimos anos, o tema da insolvência tem estado muito presente no nosso quotidiano devido à marcada crise económica que teima em não passar. Apesar de ser este o circunstancialismo a que mais associamos a insolvência das nossas empresas, certo é que, por vezes, não é este que causa ou agrava a situação de insolvência.

As sociedades comerciais são, algumas vezes, utilizadas pelos seus administradores¹ como uma forma de aproveitamentos ilegítimos pessoais, deixando, para tal, de prosseguir o interesse da própria sociedade comercial e até o dos seus credores. Este tipo de comportamentos pode gerar vários danos a nível económico e social, sendo o mais gravoso o da insolvência da sociedade comercial. Assim, é necessário que os responsáveis pela origem ou agravação da insolvência sejam responsabilizados, de modo a que as relações entre os diversos agentes que atuam no tráfego sejam reparadas. Sendo a responsabilidade dos administradores de extrema importância e uma matéria que levanta inúmeras questões de discussão prática, elegemo-la como tema desta dissertação.

Começaremos, por tecer algumas considerações gerais sobre a insolvência, de modo a aferir quando é que uma empresa se encontra em situação de insolvência, quem poderá proceder ao pedido de declaração de insolvência e quais são os efeitos que recaem sobre os administradores pelo simples facto de a insolvência ser declarada.

Em seguida abordaremos o tema insolvência culposa e do incidente de qualificação da insolvência que, em caso de qualificação da mesma como culposa, culminará na responsabilização dos administradores e na consequente aplicação dos efeitos a que se refere o art. 189.º, n.º 2, CIRE.

Afigura-se necessário estabelecer os deveres e estatuto dos administradores para se conseguir compreender em que medida é que estes podem ser responsabilizados por uma situação de insolvência². Para tal há que conjugar o CSC com o CIRE, só desta forma conseguiremos ter uma perspetiva global e completa da responsabilidade dos administradores. É este o tópico sobre o qual versará a terceira parte da presente dissertação.

¹ Ao longo desta dissertação a palavra “administradores” é utilizada num sentido amplo, de titular de um órgão de administração, qualquer que seja o tipo de sociedade.

² Note-se que, no âmbito da responsabilização, temos um pressuposto anterior: a existência um dever.

Trataremos ainda da temática do dever de apresentação à insolvência e, por fim, descortinaremos as situações em que a responsabilidade dos administradores perante os credores na insolvência vai além do estabelecido pelo art. 78.º, CSC.

Cap. I – Considerações gerais sobre a insolvência

1.1. Critérios para a definição da situação de insolvência

Tratando esta dissertação do tema da responsabilização dos administradores em caso de insolvência, o primeiro passo a dar será definir quando é que uma sociedade se encontra em situação de insolvência.

Encontra-se em situação de insolvência quem não for capaz de cumprir as suas obrigações, sendo que tal situação necessita de ser certificada pela declaração de insolvência. A incapacidade do cumprimento de obrigações pode ser avaliada através de dois critérios: o critério do fluxo de caixa ou o critério do balanço ou do ativo patrimonial.

O primeiro critério considera insolvente quem não conseguir pagar as suas dívidas, no momento em que se vencem, devido a ausência de liquidez. Este critério não tem, portanto, como relevante se o ativo é superior ao passivo.

Por sua vez, o critério do balanço ou do ativo patrimonial classifica como insolvente aquele cujos bens não são suficientes para cumprir integralmente as suas obrigações. Isto significa que este critério não afasta a situação de insolvência mesmo que o devedor cumpra as suas obrigações que se vão vencendo no percurso normal da sua atividade.

A lei portuguesa adota, como critério principal³, o do fluxo de caixa, segundo o preceituado no art. 3.º, n.º 1, CIRE, mas, em alguns casos, permite que se recorra ao critério do balanço⁴. Ressalve-se que, a doutrina portuguesa entende que é preferível a definição de insolvência que constava do CPEREF⁵: impossibilidade de cumprir pontualmente as obrigações por falta de meios próprios e falta de créditos. Neste sentido, deve considerar-se como estando em situação de insolvência aquele que se encontre impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações e não simplesmente aquele que sofrer de insuficiência patrimonial.

COUTINHO DE ABREU considera que para que se encontre preenchido o pressuposto da impossibilidade de cumprir obrigações vencidas, é necessário provar que está em causa uma parte essencial das obrigações, tomando em consideração o seu

³ Cfr. FREITAS, José Lebre de, “Pressupostos objetivos...”, pp. 11-23.

⁴ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 83.

⁵ Cfr. ALBUERQUE, Pedro de, “Declaração...”, pp. 507-525 e MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 25.

montante⁶. Por outro lado, MARIA JOSÉ COSTEIRA defende que bastará que se prove que existiu um único incumprimento, desde que esse incumprimento tenha um peso relevante no passivo do devedor ou que se demonstre que o devedor está impossibilitado de cumprir pontualmente as suas responsabilidades⁷.

O critério do balanço, critério secundário, presente no art. 3.º, n.º 2, CIRE é utilizado quando estejamos perante uma pessoa coletiva ou perante “patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta”⁸, o que significa que estas entidades serão também consideradas insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao seu ativo, de acordo com as normas contabilísticas aplicáveis.

Quando a insolvência seja determinada com base neste critério, deparamo-nos com uma situação em que o peso do passivo é tão grande, quando confrontado com o peso do ativo, que irá resultar, de forma evidente, que o devedor não será capaz de cumprir as suas obrigações ou irá a curto prazo deixar de o ser⁹.

Em relação às entidades suprarreferidas funcionam então dois critérios: o critério do fluxo de caixa, apresentado no art. 3.º, n.º 1, CIRE, mas também, de forma acessória, o critério do balanço/insuficiência patrimonial, presente no art. 3.º, n.º 2, CIRE, o que significa que estas entidades podem ser declaradas insolventes, ainda que continuem a cumprir pontualmente as suas obrigações, desde que o seu balanço demostre a manifesta superioridade do passivo relativamente ao ativo. Este critério alternativo vem facilitar o pedido de insolvência por parte dos credores¹⁰.

No entanto, a manifesta superioridade do ativo em relação ao passivo pode não ser sinónimo de situação de insolvência, pelo que, a lei possibilita uma reavaliação, tendo em conta as regras especiais do art. 3.º, n.º 3, CIRE¹¹. Se pela aplicação destas regras resultar que o ativo é superior ao passivo, as entidades referidas no art. 3.º, n.º 2, CIRE deixarão de ser consideradas insolventes.

É equiparável à situação de insolvência atual, a situação de insolvência iminente, quando seja o devedor a apresentar-se à insolvência, tal como resulta do art. 3.º, n.º 4, CIRE. Isto significa que só o devedor se pode apresentar à insolvência com base numa

⁶ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de...*, vol. I, p. 135.

⁷ Cfr. COSTEIRA, Maria José, “A insolvência...”, p. 162.

⁸ Cfr. art. 3.º, n.º 2, CIRE.

⁹ Cfr. COSTEIRA, Maria José, “A insolvência...”, p. 162.

¹⁰ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 83.

¹¹ Para se saber com mais detalhe como é que é feita a avaliação a que se refere o art. 3.º, n.º 3, CIRE, cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, pp. 88 a 93.

situação de insolvência iminente.

Apesar do estabelecido no art. 3.º, n.º 4, CIRE, o legislador português não estabelece uma definição de insolvência iminente. Neste sentido, a doutrina discute o que se pode considerar uma situação de insolvência iminente¹².

A doutrina discute ainda qual o período de tempo que se deve considerar para se conseguir apurar se a sociedade se encontra ou não perante uma situação de insolvência eminente. Há, pois, quem considere que esse período de tempo depende do momento em que as obrigações se encontrem vencidas¹³, outros consideram que tudo depende do devedor e da sua atividade¹⁴ e ainda há quem estabeleça um período de mínimo de um ano¹⁵.

Acresce ainda uma dificuldade ao art. 3.º, n.º 4, CIRE, é que este não estabelece a qual das duas situações de insolvência se deve equiparar a insolvência iminente, se à do art. 3.º, n.º 1, CIRE ou se à do n.º 2 do mesmo art. Como já foi referido, as pessoas coletivas e os patrimónios autónomos são também considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao seu ativo. A questão que se coloca é então a de saber se podem também apresentar-se à insolvência na iminência de o seu passivo ficar manifestamente superior ao seu ativo. SOVERAL MARTINS considera que sim, pois a letra da lei não exclui e, portanto, não se deve afastar essa possibilidade¹⁶, mas MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO tem dúvidas de que a letra da lei não exclua esta possibilidade¹⁷. Neste ponto, concordamos com SOVERAL MARTINS, uma vez que, não encontramos nenhuma razão para que não se permita que estas entidades se apresentem à insolvência quando haja iminência de o seu passivo se tornar

¹² SOVERAL MARTINS, influenciado pelo legislador espanhol, considera que o intérprete não se deve bastar com “um medo ou pavor por parte do devedor”, apelando à necessidade de que estejamos perante uma “probabilidade objetiva”. Para estabelecermos essa probabilidade é preciso efetuar um juízo de prognose sobre a liquidez do devedor. Isto é, deve proceder-se ao estudo da probabilidade de o devedor não conseguir pagar as suas obrigações vencidas e de não conseguir também pagar as suas obrigações atuais que ainda não se venceram, no momento em que se vencerem. Concluindo o autor que, se for previsível que tal se verifique, a sociedade se encontra em situação de insolvência iminente. Influenciado pela doutrina alemã, SOVERAL MARTINS considera também um bom critério fazer-se uma avaliação daquilo que será mais provável, isto é, há insolvência iminente se a insolvência for mais provável do que a possibilidade de a impedir, cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, pp. 29 e 30. Ao contrário deste autor, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA exigem “toda a probabilidade”, sendo necessário que, de modo a aferir essa probabilidade, o devedor tenha em conta “a expectativa do homem médio face à evolução normal” da sua situação, cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, p. 86 e PEDRO DE ALBUQUERQUE considera que se exige “praticamente uma certeza”, cfr. ALBUQUERQUE, Pedro de, “Declaração...”, p. 513, nota 22.

¹³ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 84.

¹⁴ Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 31.

¹⁵ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 26.

¹⁶ Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 32.

¹⁷ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 26.

manifestamente superior ao seu ativo, tal até poderá ser benéfico, pois acreditamos que quanto mais cedo se apresentarem à insolvência, menores serão os danos provocados.

1.2. Legitimidade para o pedido de declaração de insolvência

O início do processo de insolvência é marcado pelo pedido de declaração de insolvência que vem regulado nos arts. 18.º e ss., CIRE. Em primeiro lugar, tem legitimidade para apresentar este pedido o próprio devedor¹⁸. Se o devedor não for pessoa singular, esta legitimidade é conferida ao órgão social que se encontra encarregue da sua administração ou à entidade que está a cargo da sua administração ou liquidação do património em causa¹⁹.

Além do devedor, podem também requerer a sua insolvência os seguintes sujeitos, de acordo com o art. 20.º, n.º 1, CIRE: os responsáveis pelas dívidas do devedor, os credores e o Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados.

1.3. Os efeitos da declaração de insolvência que recaem sobre os administradores

Quando ocorre a insolvência de uma sociedade, há que saber quais são os efeitos que esta tem na esfera jurídica dos administradores dessa mesma sociedade, uma vez que, não restam dúvidas de que, apesar de o insolvente ser a sociedade e não os seus administradores, estes podem ter causado ou contribuído para a situação de insolvência, pelo que, poderão ser responsabilizados pelos seus atos, para que as relações económicas sejam reparadas.

Administradores, para efeitos do CIRE, serão aqueles cuja função é a de administrar ou liquidar a entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social competente para o efeito, quando o devedor não for uma pessoa singular (art. 6.º, n.º 1, alínea a), CIRE); quando o devedor é uma pessoa singular, os seus administradores são os seus representantes legais e os seus mandatários com poderes gerais de administração (art. 6.º, n.º 1, alínea b), CIRE).

¹⁸ Cfr. art. 18.º, n.º 1, CIRE.

¹⁹ Cfr. arts. 19.º e 6.º, n.º 1, alínea a), CIRE.

É de referir que os administradores de facto²⁰ estão também sujeitos às medidas de responsabilização. Apesar de a lei não definir este conceito de “administrador de facto”, dá alguma margem para que se responsabilizem pessoas com poderes de facto²¹ e a doutrina define-o como: “quem, sem título bastante, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade”²². Existem três modalidades de administrador de facto²³: a primeira ocorre quando tenha havido algum vício na designação do administrador ou problemas de eficácia pós-contratual, o que significa que o administrador pode não ter sido bem designado ou então pode já ter sido destituído, mas ainda está a exercer funções, são os administradores de facto aparentes; a segunda ocorre quando existe um administrador, mas não é este que toma as decisões, existindo uma pessoa por trás de si a dar-lhe instruções, o dito “homem na sombra” ou “homem de palha”; por último considera-se também como administrador de facto aquele que exerce uma função diferente da de administrador, por exemplo, um diretor-geral, mas que se comporta como um verdadeiro administrador, desempenhando funções de gestão e tendo autonomia (administradores de facto ocultos sob outro título).

Os efeitos que recaem sobre os administradores são fragmentários, na medida em que, numa situação de insolvência, apenas as condutas determinadas na lei gozam de tutela, ou seja, só estas permitem que se aplique uma sanção aos administradores, pois são as únicas que determinam a sua responsabilidade. Além de fragmentários, os efeitos são também não automáticos, visto que, para a sua aplicação é necessária uma sentença judicial, não bastando a declaração de insolvência.

A insolvência apresenta efeitos em várias áreas, mas aqui apenas serão analisados os efeitos que se verificam à luz do CIRE e serão deixados de parte aqueles que se produzem no âmbito Penal e Político. O CIRE contém um título – o IV – que se dedica apenas a este tema, dividindo os referidos efeitos em quatro categorias: efeitos sobre o devedor e outras pessoas, efeitos processuais, efeitos sobre os negócios em curso e resolução em benefício da massa insolvente. Sendo o tema desta dissertação o da

²⁰ Sobre o tema do administrador de facto cfr. ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos...*, pp. 79 e 593 e ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Responsabilidade civil...*, pp. 97-99.

²¹ Cfr. art. 80.º, CSC.

²² Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Responsabilidade civil...*, pp. 97-99.

²³ *Idem, ibidem*, pp. 97-99.

responsabilidade dos administradores da insolvência, apenas serão analisados os efeitos sobre o devedor e outras pessoas.

Quase todos os efeitos da declaração de insolvência servem o fim do processo de insolvência, o que significa que, estes facilitam a satisfação dos interesses dos credores e impedem que algum deles veja os seus créditos satisfeitos de forma mais rápida ou mais completa. Deste modo, os referidos efeitos têm implícito o princípio par *conditio creditorum*²⁴⁻²⁵ e é este que deve servir como guia para o juiz e para o administrador da insolvência, principalmente nas situações em que o legislador lhes conferiu alguma margem de liberdade para atuar²⁶.

Os efeitos da insolvência apresentam-se divididos em dois grupos: os efeitos necessários, que são os que se verificam obrigatoriamente ou necessariamente após o proferimento da sentença de declaração de insolvência, e os eventuais, que podem ou não ocorrer, de acordo com as decisões que o juiz tome²⁷⁻²⁸.

Apresentam-se como efeitos necessários a obrigação de fixação de residência dos administradores (art. 36.º, n.º 1, alínea c), CIRE), a obrigação de entrega de documentos (art. 36.º, n.º 1, alíneas f) e g), CIRE), a obrigação de prestação de informações (art. 83.º, n.º 1, alínea a), CIRE), a obrigação de apresentação (art. 83.º, n.º 1, alínea b), CIRE), a obrigação de colaboração com o administrador da insolvência (art. 83.º, n.º 1, alínea c), CIRE), a perda de poderes sobre os bens integrantes da massa insolvente (art. 81.º, n.º 1, CIRE), a proibição de alienação de bens futuros e de cessão de rendimentos (art. 81.º, n.º 2, CIRE) e a perda do direito à remuneração (art. 82.º, n.º 1, CIRE).

Consideram-se efeitos eventuais, o direito a alimentos à custa dos rendimentos da massa insolvente (art. 84.º, CIRE), a inibição dos administradores afetados pela classificação da insolvência como culposa para administrarem patrimónios de terceiros, durante 2 a 10 anos (art. 189.º, n.º 2, alínea b), CIRE), a inibição dos mesmos para o

²⁴ O que significa princípio da igualdade dos credores.

²⁵ Sobre este princípio, cfr. SERRA, Catarina, *A falência...*, pp. 152 e ss.

²⁶ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 56.

²⁷ Esta divisão é apresentada por Catarina Serra em *O Novo Regime...*, pp. 24 e ss. e Rui Pinto Duarte adota esta divisão, ainda que considere que alguns dos efeitos que a primeira considera como necessários, sejam, na realidade, meramente eventuais. A este respeito, cfr., DUARTE, Rui Pinto, “Efeitos...”, p. 132.

²⁸ Maria do Rosário Epifânio classifica os efeitos sobre o devedor e outras pessoas de forma diferente: uns serão automáticos e outros eventuais. Divide os efeitos automáticos em duas categorias: os pessoais – aqueles que incidem sobre a esfera pessoal do insolvente e dessas outras pessoas e que podem traduzir-se numa incapacidade ou podem destinar-se a cumprir funções instrumentais do processo de insolvência – e os patrimoniais – que recaem, como o nome indica, sobre o património do insolvente, cujo objetivo será o de proteger os credores contra possíveis atuações prejudiciais do insolvente sobre os bens da massa insolvente, cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, pp. 82-84.

exercício do comércio e “para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa”, também durante um período de 2 a 10 anos (art. 189.º, n.º 2, alínea c) , CIRE), a perda de créditos sobre a insolvência e a massa insolvente e a obrigação de restituição de bens ou direitos recebidos da insolvência ou da massa insolvente (189.º, n.º 2, alínea d) , CIRE) e a obrigação de indemnizar os credores no montante dos créditos não satisfeitos (art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE).

O primeiro dos efeitos eventuais está condicionado pelo facto de o insolvente carecer de meios de subsistência, ao passo que, os outros quatro efeitos estão dependentes da qualificação da insolvência como culposa, o que significa que só se produzirão se o juiz assim a qualificar, por esta mesma razão apenas abordaremos estes últimos mais à frente nesta dissertação, após percorrermos todo o caminho que culmina na qualificação da insolvência como culposa.

1.3.1. Os efeitos obrigatórios

1.3.1.1. Perda de poderes sobre os bens integrantes da massa insolvente

A perda de poderes sobre os bens integrantes da massa insolvente, consagrada no art. 81.º, CIRE, engloba a administração e a disposição sobre os bens integrantes da massa insolvente, e pode ocorrer, total ou parcialmente, antes da declaração de insolvência e até primeiro do que a citação do devedor, pelo que não é um efeito exclusivo da declaração de insolvência²⁹. Esta perda de poderes aplica-se não só ao insolvente, mas também aos seus administradores.

Justifica-se a adoção desta medida com o receio justificado de que haja uma má gestão da sociedade³⁰ e, além do mais, a declaração de insolvência faz com que sobre os administradores se manifeste uma desconfiança relativa à sua capacidade de administração, uma vez que, pode nela ter surgido a causa ou o agravamento da situação de insolvência.

No entanto, o art. 81.º, n.º 1, CIRE faz uma ressalva: “Sem prejuízo do disposto no título X”. Estabelece o art. 36.º, n.º 1, alínea e), que o juiz, na sentença que declara a insolvência, “Determina que a administração da massa insolvente será assegurada pelo

²⁹ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, pp. 60 e 61.

³⁰ Cfr. art. 31.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 3, CIRE.

devedor, quando se verifiquem os pressupostos exigidos pelo n.º 2 do artigo 224.º”, tendo de ser também respeitado o pressuposto do art. 223.º, o que significa que a massa insolvente tem de estar compreendida numa empresa. O art. 224.º, n.º 2, CIRE, dispõe quatro requisitos cumulativos: o devedor tem de requer a administração da massa insolvente; tem de ter apresentado ou tem de se comprometer a apresentar um plano de insolvência que preveja a continuidade da exploração da empresa por si próprio; não podem existir razões para que se receiem atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores; e, por fim, o requerente da insolvência tem de concordar na administração da massa pelo devedor.

A possibilidade concedida pelo art. 36.º, n.º 1, alínea e), CIRE terá utilidade nas circunstâncias em que se pretenda manter a empresa, pois o devedor será, à partida, aquele que melhor a conhece e que saberá quais os motivos que provocaram a sua insolvência³¹.

Para além do caso em que administração da massa é assegurada pelo devedor (insolvente), existem mais dois casos em que o insolvente não se encontra privado do poder de disposição e de administração dos bens integrantes da massa insolvente. O primeiro ocorre quando o insolvente é uma pessoa singular não titular de uma empresa ou titular de uma pequena empresa, desde que seja aprovado um plano de pagamentos³². O segundo dá-se quando o processo encerre por insuficiência da massa insolvente (art. 39.º, n.º 7, alínea a), CIRE).

A consequência do incumprimento deste efeito é apresentada no art. 81.º, n.º 6, CIRE: considerando que, os atos praticados pelo insolvente, em desrespeito desta limitação, são ineficazes³³⁻³⁴ e que a massa terá de responder pela restituição de o tudo o que lhe tiver sido prestado, “apenas segundo as regras do enriquecimento sem causa”.

³¹ RUI PINTO DUARTE adverte também para o facto de o termo repentino das funções dos administradores poder até piorar a situação da empresa, parecendo defender a administração da massa pelo devedor, acrescentando que não se compadece com a decisão de colocar a gestão nas mãos de outrem quando há ainda possibilidade de entendimento entre a empresa devedora e os seus credores, cfr. DUARTE, Rui Pinto “Reflexões...”, p. 353.

³² Cfr. art. 39.º, n.º 7, alínea a), CIRE, que é aplicável por força do art. 259.º, n.º 1, 2.ª parte, CIRE.

³³ Uma parte da doutrina considera que estes atos são apenas ineficazes relativamente à massa insolvente, pelo que a ineficácia é relativa, cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, pp. 105 e 107 e LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 168 e outra parte afirma que a eficácia é absoluta, cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de...*, vol. I, p. 142 e MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 115.

³⁴ Parte da doutrina considera que estes negócios ineficazes podem ser ratificados pelo administrador da insolvência, deixando, por conseguinte, de ser ineficazes, cfr., por exemplo, SERRA, Catarina, *O Regime...*, pp. 64 e 65 e MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 116, este último autor considera que fará sentido a ratificação pelo administrador da insolvência na medida em que esta permita “o aproveitamento das eventuais vantagens que resultem do ato para a massa insolvente”. Outra parte nega esta possibilidade, cfr., por exemplo, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, pp. 106 e 107 e LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 168, nota 213.

Assim, a contraparte do insolvente terá de restituir o objeto da prestação à massa e esta terá de restituir à contraparte a contraprestação. No entanto, se a massa não tiver recebido a contraprestação, a sua restituição cabe ao devedor. Sendo esta restituição apenas segundo as regras do enriquecimento sem causa, a contraparte não poderá requerer uma indemnização pelos danos que lhe possam ter sido causados.

Ainda assim, o legislador protege os atos onerosos praticados antes do registo da sentença de declaração da insolvência, conforme o art. 38.º, n.º 2 e n.º 3, CIRE, quando a contraparte do insolvente estiver de boa-fé, sendo que, esses atos, não podem ser dos tipos constantes no art. 121.º, n.º 1, CIRE. Desta forma, se estes dois requisitos forem cumulativamente cumpridos, os atos praticados em desrespeito do efeito de perda de poderes sobre os bens integrantes da massa insolvente são eficazes. O legislador, com este desvio à regra geral, pretendeu conceder uma proteção a terceiros de boa-fé que celebraram um negócio oneroso com o insolvente e que confiaram na ausência do registo da declaração da situação de insolvência.

Este é classificado pela doutrina como um dos efeitos fundamentais da declaração de insolvência³⁵, cuja finalidade se prende com a proteção dos credores, pois permite que se conservem os bens atuais e futuros do insolvente.

No entanto, CATARINA SERRA questiona se este será um efeito absolutamente necessário da insolvência³⁶ devido à exceção que o art. 81.º, n.º 1, CIRE apresenta: verificados os requisitos suprarreferidos, a administração da massa pode ser feita pelo devedor. Assim, considera que este efeito, embora seja automático, por ocorrer pela simples declaração da insolvência, não será necessário, uma vez que, não decorre, necessariamente, desta declaração³⁷.

Para se suprir a perda de poderes sobre os bens integrantes da massa insolvente, o insolvente será representado pelo administrador da insolvência, que adquire este poder, tal como estabelece o art. 81.º, n.º 1, CIRE.

1.3.1.2. Obrigação de prestar informações

O art. 83.º, n.º 1, alínea a), CIRE obriga o devedor insolvente a prestar todas as informações relevantes para o processo que lhe sejam pedidas tanto pelo administrador

³⁵ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 94.

³⁶ Cfr. SERRA, Catarina, “Os efeitos...”, p. 178.

³⁷ *Idem, ibidem* p. 178.

de insolvência, bem como pela assembleia de credores, pela comissão de credores e pelo tribunal. É por força do n.º 4 do mesmo art. que esta obrigação recai também sobre os administradores do devedor.

O n.º 3 do art. 83.º, CIRE determina que o incumprimento desta obrigação de prestação de informações e de colaboração seja apreciado pelo juiz livremente, “nomeadamente para efeito de qualificação da insolvência como culposa”. Por seu turno, o art. 186.º, n.º 2, alínea i), CIRE não faz referência ao dever de prestação de informações, apenas dispondo que a insolvência deve ser sempre considerada culposa quando os administradores do devedor incumpram os deveres de apresentação e de colaboração. RUI PINTO DUARTE questiona a conjugação destes dois artigos³⁸, pois, à primeira vista, parecem apontar em direções diferentes. O art. 83.º, n.º 3, CIRE aparenta conceder um espaço grande de discricionariedade ao juiz para decidir quais as consequências de os administradores não terem cumprido o seu dever de prestar informações, por outro lado, o art. 186.º, n.º 2, alínea i), CIRE estabelece, sem margem alguma de liberdade, que o incumprimento, de forma reiterada, das obrigações de apresentação e de colaboração levam a que a insolvência seja classificada como culposa. Como já foi referido, este art. não menciona o incumprimento do dever de prestar informações, o que leva RUI PINTO DUARTE a questionar se o legislador quis de facto deixar que o juiz apreciasse livremente este incumprimento ou se o legislador terá considerado como parte integrante do dever de colaboração, referido no art. 186.º, n.º 2, alínea i), CIRE o dever de prestar informações³⁹.

CATARINA SERRA adota uma interpretação diferente⁴⁰, defendendo que a chave para a compatibilização entre os dois arts. reside na expressão “de forma reiterada”, presente no art. 186.º, n.º 2, alínea i), CIRE, que transforma o incumprimento que está na base da presunção absoluta num incumprimento qualificado, que será, portanto, diferente, do incumprimento que resulta do art. 83.º, n.º 3, CIRE. Considerando que se trata de dois incumprimentos distintos, também as suas consequências deverão ser distintas.

Em nossa opinião, a interpretação mais correta será a de considerar compreendido no dever de colaboração, o dever de prestação de informações, na medida em que, quando prestamos todas as informações relevantes, estamos a dar também cumprimento ao dever

³⁸ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Efeitos...”, pp. 137 e 138.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 137. O autor considera que a primeira hipótese é a mais aceitável, mas esta leva a reconhecer a contradição entre os dois arts. referida acima.

⁴⁰ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, pp. 66 e 67.

de colaboração, pelo que fará sentido, também ao dever de prestar informações se aplicar o art. 186.º, n.º 2, alínea i), CIRE por maioria de razão.

1.3.1.3. Obrigação de fixação de residência

O CIRE não estabelece uma definição de “fixação de residência”, pelo que é a doutrina que a fixa, recorrendo para tal ao já revogado art. 1192.º, CPC⁴¹ e ao art. 196.º, CPP. Esta obrigação a que os administradores estão adstritos resulta do art. 36.º, n.º1, alínea c), CIRE e traduz-se no dever de respeitarem a residência fixada, pelo que, estes não poderão ausentar-se, por um período de tempo significativo, ou mudar de residência sem informarem ou serem autorizados pelo tribunal⁴²⁻⁴³.

MARIA JOSÉ COSTEIRA não concorda com os autores que recorrem ao processo penal para determinar o alcance deste efeito, por considerar que o que está em causa são interesses e valores bem diferentes⁴⁴.

Obviamente esta fixação de residência não consiste no facto de ser o juiz a definir onde é que os administradores do devedor vão viver, apenas fica definido que um determinado local passa a ser o relevante como residência, para o processo que se irá desenrolar.

Através deste efeito conseguem-se garantir que as comunicações com os administradores são céleres e eficazes, bem como se consegue evitar o seu risco de fuga⁴⁵.

Não existe nenhuma disposição no CIRE que disponha acerca do incumprimento desta obrigação, pelo que, o administrador estará sujeito a uma sanção penal, pois praticou um crime de desobediência⁴⁶. MARIA JOSÉ COSTEIRA considera que se o legislador não associou ao incumprimento deste efeito uma sanção, não será o intérprete que o deverá fazer, muito menos recorrendo ao processo penal⁴⁷.

⁴¹ Maria do Rosário Epifânio justifica o recurso a este art. pelo facto de não lhe parecer existir razões para considerar que a vontade do legislador, ao estabelecer o regime da fixação da residência, fosse outra, cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de*, p. 86, nota 234.

⁴² Cfr. art. 196.º, n.º 3, alínea b), CPP.

⁴³ Cfr. o revogado art. 1192.º, CPC.

⁴⁴ Cfr. COSTEIRA, Maria José, “A insolvência...”, p. 166.

⁴⁵ Cfr. FERNANDES, Luís Carvalho, “Efeitos...”, pp. 19 e ss.

⁴⁶ Cfr. art. 348.º, CP.

⁴⁷ Cfr. COSTEIRA, Maria José, “A insolvência...”, p. 166.

1.3.1.4. Obrigação de apresentação

Esta obrigação é imposta pelo art. 83.º, n.º 1, alínea b), CIRE e é por força do n.º 4 do mesmo art. que se aplica também aos administradores do devedor. CATARINA SERRA, classificou esta obrigação como um efeito necessário da insolvência, no entanto, o art. 83.º, n.º 1, alínea b), CIRE refere “sempre que a apresentação seja determinada pelo juiz ou pelo administrador da insolvência”, o que significa que este não deverá ser considerado um efeito necessário, mas antes, um efeito eventual, na medida em que está dependente de que o juiz ou o administrador da insolvência o determinem⁴⁸. A autora considera que este efeito é necessário, apesar de estar dependente de determinação do juiz ou do administrador de insolvência, pois é difícil conceber um caso em que não seja determinada a apresentação do administrador⁴⁹⁻⁵⁰.

Há ainda que referir que, apesar de no preceito se indicar que a apresentação é para ser feita no tribunal, este conceito deve ser interpretado num sentido lato, pois é necessário que inclua os locais em que o administrador de insolvência desenvolva as suas funções⁵¹.

Quem incumpra este dever, faltando à apresentação ao tribunal sem o justificar, está sujeito a que o juiz ordene a sua comparência sob custódia e a uma multa (art. 83.º, n.º 2 e n.º 4, CIRE). A consequência do incumprimento desta obrigação de forma reiterada é, ao abrigo do art. 186.º, n.º 2, alínea i) e n.º 4, CIRE a qualificação da insolvência como culposa.

1.3.1.5. Obrigação de colaboração com o administrador da insolvência

A obrigação de colaboração dos administradores do devedor com o administrador da insolvência resulta do art. 83.º, n.º 1, alínea c), CIRE conjugado com o n.º 4 do mesmo art. Na verdade, este dever é também um efeito eventual, pois apenas se dá por realizado se o administrador da insolvência o requerer⁵².

⁴⁸ No mesmo sentido, DUARTE, Rui Pinto, “Efeitos...”, p. 138.

⁴⁹ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 68, nota 92.

⁵⁰ Maria do Rosário Epifânio também classifica este efeito como automático, que é o mesmo que dizer necessário, cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 84.

⁵¹ Assim o defende também RUI PINTO DUARTE, em “Efeitos...”, p. 138.

⁵² Cfr. letra do art. 83.º, n.º 1, alínea c), CIRE: “(...) que lhe seja requerida pelo administrador da insolvência (...)”.

CATARINA SERRA, considera que este é um efeito necessário⁵³, pois ainda que esteja sujeito a requisição por parte do administrador da insolvência, será difícil imaginar um caso em que o administrador não seja chamado a colaborar.

À semelhança do dever analisado anteriormente, também o incumprimento do dever de colaboração com o administrador da insolvência, de forma reiterada, tem a consequência de qualificação da insolvência como culposa, conforme estabelecido pelo art. 186.º, n.º 2, alínea i), CIRE. Note-se que, se o dever for incumprido, mas não de forma reiterada, o seu incumprimento será livremente apreciado pelo juiz para efeitos de qualificação da insolvência como culposa (arts. 83.º, n.º 3 e 186.º, n.º 1, ambos do CIRE).

1.3.1.6. Obrigação de entrega de documentos

Sobre esta obrigação não há grandes considerações a fazer. Apenas de referir que, conforme preceituado no art. 36.º, n.º 1, alínea f), CIRE, os documentos a entregar são os referidos no art. 24.º, n.º 1, CIRE.

CATARINA SERRA, defende que este dever de entrega de documentos se reconduz ao dever de colaboração, pelo que, o seu incumprimento permitirá presumir que a insolvência é culposa, não podendo tal presunção ser ilidida⁵⁴. A autora considera que, apesar de o art. 186.º, n.º 2, alínea i), CIRE apenas se referir ao incumprimento dos deveres de apresentação e de colaboração, este art. também deverá aplicado em caso de incumprimento da obrigação de entrega de documentos, atendendo à afinidade das obrigações. Assim, por maioria de razão, a solução para o incumprimento destas obrigações deverá ser a mesma.

Sendo esta a consideração feita por CATARINA SERRA a propósito do incumprimento da obrigação de entrega de documentos, não percebemos porque não considera também estar o dever de prestar informações compreendido no dever de colaboração.

1.3.1.7. Perda do direito à remuneração

Este efeito da insolvência está previsto no art. 82.º, n.º 1, CIRE que determina que os órgãos sociais do devedor se mantenham em funções após a declaração de insolvência,

⁵³ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 68, nota 92.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, pp. 67 e 68.

mas sem que os seus titulares sejam remunerados, a não ser que ocorra o previsto no art. 227.º, CIRE⁵⁵.

Por força do art. 36.º, n.º 1, alínea e), CIRE que remete para o art. 224.º, n.º 2, CIRE o juiz pode decidir que a administração da massa insolvente seja assegurada pelo devedor pessoa coletiva e, se assim for, os administradores do devedor continuam a ser remunerados, enquanto tal administração permanecer, de acordo com o art. 227.º, n.º 1, CIRE.

Assim, quando o juiz não determine que a administração da massa insolvente ficará a cargo do devedor, os administradores, ainda que continuem em funções, perdem o direito à remuneração. É neste sentido que se pode questionar como é possível conciliar estas funções que os administradores continuam a desenvolver com a perda do poder de administração e de disposição sobre os bens integrantes da massa insolvente. RUI PINTO DUARTE, responde a esta questão proferindo que, apesar de os poderes dos administradores da pessoa coletiva insolvente serem drasticamente reduzidos, aqueles não deixam de existir totalmente, pelo que, as funções que os administradores irão exercer são todas aquelas que não estejam em conflito com os poderes de administração⁵⁶. O autor interroga ainda até quando é que esta manutenção de funções irá ocorrer, afigurando como resposta que será até que a liquidação da massa insolvente implique o despejo dessas mesmas funções⁵⁷. Por último, não se consegue, à partida, compreender como é que é possível que alguém não seja remunerado pelo seu trabalho.

CATARINA SERRA não se opõe a que os administradores não sejam remunerados⁵⁸, pois encara esta situação como temporária que permitirá que a empresa continue em atividade, enquanto não existirem certezas quanto ao seu destino. Além do mais, os administradores não são obrigados a continuar a exercer as suas funções, pois o art. 82.º, n.º 2, CIRE concede-lhes a hipótese de renunciarem aos seus cargos.

Adotamos aqui a posição de MARIA JOSÉ COSTEIRA que considera que estando o devedor privado do poder de administração e de deposição de bens e também privado dos poderes de representação do insolvente, passando estes poderes a competir ao administrador da insolvência, as suas funções são praticamente inexistentes, a única função que se poderá conceber que o administrador continue a praticar é da representação

⁵⁵ No caso de a administração da massa insolvente ser assegurada pelo devedor, os seus administradores continuarão a ser remunerados.

⁵⁶ Cfr. DUARTE, Rui Pinto. “Efeitos...”, pp. 142 e 143.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, pp. 142 e 143.

⁵⁸ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, pp. 85 e 86.

do insolvente no processo⁵⁹, nos termos estipulados pelo art. 81.º, n.º 5, CIRE. Assim, estando os administradores praticamente esvaziados de qualquer função, conseguimos entender que os mesmos não sejam remunerados. O legislador foi até bastante justo neste aspeto, pois, caso a administração da massa seja assegurada pelo devedor, leia-se aqui, pelos administradores do devedor, estes continuarão a ser remunerados, o que faz todo o sentido, uma vez que, continuam a exercer todas as funções que exerciam antes da declaração da insolvência.

1.4. O caso do direito a alimentos

Como já referimos, o direito a alimentos é um efeito eventual da declaração de insolvência.

Este direito não pertence aos administradores da pessoa coletiva insolvente, mas apenas ao insolvente, aos trabalhadores e a outros credores de alimentos do insolvente⁶⁰.

Uma parte da doutrina⁶¹ concorda com a opção do legislador do CIRE restringir este direito ao insolvente pessoa singular, argumentando que aquele é uma contrapartida concedida pelas limitações com que o devedor se vê confrontado aquando da sua declaração de insolvência, na medida em que este fica, por exemplo, sem poderes de administração e de disposição, ao passo que os administradores continuarão, à partida, a ter o controlo dos seus bens.

Outra parte da doutrina⁶² não concorda com este regime, por duas razões: primeiro porque não deverá haver diferença entre o insolvente pessoa singular e o insolvente gerente de uma sociedade por quotas, quando esse gerente é o único sócio e segundo porque não se pode admitir que os administradores têm bens próprios, porque a realidade é que podem não ter.

Parece-nos que por razões de justiça, pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, CRP) e pelo direito à integridade pessoal (art. 25.º, CRP) este direito a alimentos não deveria ser apenas dirigido ao insolvente pessoa singular, aos trabalhadores e a outros credores de alimentos do insolvente, mas a todos aqueles que no cenário da insolvência demonstrem ter essa necessidade⁶³.

⁵⁹ Cfr. COSTEIRA, Maria José, “A insolvência...”, p. 167.

⁶⁰ Cfr. Art. 84.º, CIRE.

⁶¹ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 69.

⁶² Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Efeitos...”, p. 149.

⁶³ No mesmo sentido, LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 175.

1.5. Cessação dos efeitos da declaração de insolvência

Com o encerramento do processo de insolvência, os efeitos que resultam da sua declaração cessam (art. 233.º, n.º 1 alínea a), CIRE), pelo que o devedor voltará a poder dispor dos seus bens bem como fazer uma gestão livre dos seus negócios. A esta regra excetuam-se os efeitos relacionados com a qualificação da insolvência como culposa que, se forem reversíveis, apenas findam com o decurso do prazo que foi estabelecido na sentença que os aplica, que dependerá, entre outros fatores, do grau de culpa, e estará entre os 2 a 10 anos, como estabelecido pelo art. 189.º, n.º 2, alíneas b) e c), CIRE.

Cap. II – A insolvência culposa

2.1. Dolo e culpa grave dos administradores

A insolvência classifica-se como culposa ou furtuita. O art. 186.º, n.º 1, CIRE apresenta a definição de insolvência culposa, ao passo que, relativamente à insolvência fortuita não se encontra nenhuma norma definatória, pelo que, pela negativa, ou por omissão, serão fortuitas todas aquelas que não se qualifiquem como culposas de acordo com o art. 186.º, CIRE.

Estabelece o art. 186.º, n.º 1, CIRE que a insolvência é considerada culposa “quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”. Para que a insolvência seja qualificada como culposa o legislador exigiu que a conduta fosse dolosa ou que tivesse existido culpa grave do devedor ou dos seus administradores, ficando de fora as atuações em que houve culpa leve e levíssima, e que entre essa conduta e a situação de insolvência se verificasse um nexo de causalidade, ou seja, a conduta adotada teve de contribuir, necessariamente, para a criação ou para o agravamento da situação de insolvência.

Da definição apresentada pelo art. 186.º, n.º 1, CIRE destacam-se os conceitos de “atuação dolosa” e “com culpa grave”, no entanto, o CIRE não faz nenhuma caracterização destes conceitos.

O dolo caracteriza-se pelo facto de o agente, quando atua, ter conhecimento e vontade de realização do facto que vai praticar, pelo que, o administrador atua de forma dolosa quando conhece a conjuntura da sociedade e comporta-se de forma a agravar ou simplesmente conforma-se com a situação de insolvência⁶⁴.

A culpa grave traduz-se numa negligência grosseira, que apenas alguém extremamente descuidado praticaria. Este conceito é densificado no n.º 3 do art. 186.º, CIRE que apresenta nas suas alíneas comportamentos dos administradores que se traduzem em incumprimentos que não deveriam ter ocorrido e que se caracterizam por uma falta de cuidado anormal.

⁶⁴ Sobre os conceitos e sobre as modalidades de dolo e de culpa, cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, pp. 578-610, VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações...*, pp. 566-589, RAMOS, Maria Elisabete, “A Insolvência...”, pp. 23 e 24 e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pp. 533 e ss.

Alguns dos efeitos que se vão produzir na esfera dos administradores responsáveis dependem da caracterização da insolvência como culposa ou fortuita. Apenas em caso classificação da insolvência como culposa serão aplicados aos administradores os efeitos descritos no art. 189.º, n.º 2, CIRE.

2.2. Insolvência culposa vs. insolvência fortuita

Ao reservar o dolo e a culpa grave para a insolvência culposa, a insolvência é fortuita, quando os administradores praticam atos negligentes com culpa leve ou levíssima. Assim, a insolvência será fortuita quando os administradores se vejam confrontados com a situação de insolvência, ainda que tenham sido diligentes e quando atuem de forma negligente, mas as suas condutas transpareçam uma negligência menos grave do que a que é própria da insolvência culposa, pelo que, se os administradores tivessem sido minimamente diligentes, poderiam ter evitado as condutas que provocaram ou agravaram a situação de insolvência.

Faz sentido que o legislador tenha querido proteger os administradores que foram diligentes, mas ainda assim a sociedade por eles gerida tenha ficado insolvente, pois, as causas da insolvência podem não ter tido nada que ver com a atuação dos mesmos, uma vez que, o sucesso empresarial não é garantido mesmo que os administradores sejam zelosos. No entanto, é de questionar o porquê de o legislador proteger também aqueles administradores que agiram com culpa leve ou levíssima, na medida em que estes não foram suficientemente diligentes e apresentaram alguma falta de cuidado nos seus comportamentos.

ELISABETE RAMOS tenta explicar esta opção do legislador, baseando-se na *business judgement rule*⁶⁵. Para tomarem decisões, muitas vezes, os administradores estão sujeitos a riscos, por isso, uma decisão que na altura em que foi tomada por um administrador diligente parecia boa, mais tarde pode revelar-se má por ter acabado por provocar danos à sociedade, questionando-se então se a decisão não terá sido negligente. É aqui que se deve recorrer à *business judgement rule*: os tribunais devem fazer um controlo do processo decisório empresarial e não apenas da decisão empresarial em si, não devem portanto decidir o que é a decisão empresarial adequada, mas apenas julgar se os administradores atuaram com base em informações adequadas.

⁶⁵ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete. “A Insolvência...”, p. 26.

Posto isto, a insolvência é classificada como culposa quando os administradores tenham condutas irracionais, isto é, completamente desprovidas de qualquer racionalidade empresarial e que claramente não iriam beneficiar a sociedade.

De referir que, a *business judgement rule* apenas diz respeito ao dever de gestão e, no que concerne ao dever de lealdade, o legislador foi mais exigente⁶⁶. As condutas dos administradores que revelem que estes agiram em nome do interesse próprio, descurando a persecução do interesse social, são classificadas como presunções inilidíveis de insolvência culposa.

RUI ESTRELA DE OLIVEIRA não considera que a *business judgement rule* tenha exercido influência no conceito de insolvência culposa adotado pelo legislador no CIRE⁶⁷. O autor é da opinião de que o legislador não consagrou os conceitos de culpa leve e levíssima na definição de insolvência culposa devido ao “nível de formação do *administrador médio português* e à *relação dos comportamentos com a gravidade das sanções previstas* no art. 189.º, alíneas b) e c)”⁶⁸, CIRE. Além do mais, o autor justifica ainda que o legislador não terá tido em conta o art. 72.º, n.º 2, CSC porque este exclui todos os tipos de culpa, até a grave, o que não ocorre no art. 186.º, n.º 1, CIRE⁶⁹.

2.3. O incidente de qualificação da insolvência

Um dos objetivos principais do CIRE, anunciado no seu preâmbulo, é o de conseguir “uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares da empresa e dos administradores da pessoa coletiva”⁷⁰. Para atingir esse objetivo foi criado o incidente de qualificação da insolvência, com vista a apurar as razões que conduziram à situação de insolvência. É através deste incidente que se classifica a insolvência como culposa ou como fortuita.

A responsabilidade dos administradores na insolvência prende-se com a violação culposa dos seus deveres que precisa de ser demonstrada. No entanto, esta demonstração foi facilitada pelo art. 186.º, CIRE, uma vez que este estabelece as situações em que a insolvência é qualificada como culposa e ainda que, esta qualificação não possa ser

⁶⁶ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Responsabilidade civil...*, pp. 36 a 47 e, no mesmo sentido, cfr. OLIVEIRA, Rui Estrela de, “Uma Brevíssima...”, p. 970.

⁶⁷ *Idem, ibidem*, pp. 931-970.

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 970.

⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 971.

⁷⁰ Cfr. o n.º 40 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE.

aproveitada para as ações responsabilidade civil dos administradores, pois estas e o incidente de qualificação da insolvência são independentes, facilita a concretização dos deveres dos administradores que possam ter sido incumpridos.

O art. 186.º, CIRE é uma norma de proteção, principalmente de credores, pelo que, a sua violação pelos administradores origina responsabilidade civil pela insolvência. Há que articular esta norma com o art. 78.º, n.º 1, CSC e, nos casos que estejam fora do alcance desta última norma, há que articular o art. 186.º, CIRE com o art. 483.º, n.º 1, CC, mas desta matéria trataremos mais à frente.

O incidente de qualificação da insolvência corre por apenso ao processo principal, tem carácter urgente (art. 9.º, n.º 1, CIRE) e é a fase do processo em que se pretende descobrir quais foram as razões que causaram ou agravaram a situação de insolvência. Antes da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, quando era declarada a insolvência, o incidente de qualificação da insolvência era aberto oficiosamente, a não ser que fosse apresentado um plano de pagamentos aos credores⁷¹. Com a entrada em vigor da mesma lei, cabe ao juiz decidir abrir o referido incidente, na sentença que declara insolvência, quando disponha de elementos que o justifique, tal como se refere no art. 36.º, n.º 1, alínea i), CIRE.

Se o processo de insolvência for encerrado sem que se tenha aberto este incidente, o juiz deve declarar expressamente que a insolvência tem carácter furtivo, de acordo com o estabelecido no art. 233.º, n.º 6, CIRE.

Se o juiz não abrir o incidente de qualificação da insolvência na sentença que a declara, este pode ser aberto mais tarde. Assim, o administrador da insolvência ou qualquer outro interessado pode alegar, mediante requerimento escrito, e fundamentadamente, aquilo que o leva a considerar a insolvência culposa, cabendo ao juiz tomar conhecimento dos factos alegados e abrir o incidente, caso considere que se justifica⁷². Este requerimento pode ser apresentado até quinze dias após a data da realização da assembleia de apreciação do relatório ou, se não tiver sido estabelecido dia para a sua realização, nos termos do art. 36.º, n.º 1, alínea n), CIRE, até quinze dias após o quadragésimo quinto dia subsequente à data da prolação da sentença de declaração de insolvência, conforme o art. 36.º, n.º 4, CIRE.

⁷¹ Cfr. art. 259.º, n.º 1, 2.ª parte, CIRE.

⁷² Cfr. art. 188.º, n.º 1, CIRE.

O incidente de qualificação da insolvência pode ser pleno ou limitado, sendo que o incidente pleno pode converte-se em limitado e vice-versa⁷³. A lei apenas regula o âmbito de aplicação do incidente limitado, sendo que este ocorre em dois casos: quando, à data da prolação da sentença que declara a insolvência, o juiz chega à conclusão de que, provavelmente, a massa insolvente será insuficiente para a satisfação das custas do processo e para o ressarcimento das dívidas da própria massa (art. 39.º, n.º 1, CIRE, por força do art. 191.º, n.º 1, CIRE) e quando esta mesma insuficiência é dada a conhecer ao juiz pelo administrador da insolvência num momento posterior (art. 232.º, n.º 5, CIRE, por força do art. 191.º, n.º 1, CIRE). Assim, sendo o legislador omissivo em relação aos casos em que o incidente é pleno, este ocorrerá quando o incidente não seja limitado por aplicação das regras do art. 191.º, CIRE.

Do incidente de qualificação da insolvência pode resultar que a insolvência é culposa ou que é fortuita, conforme dispõe o art. 185.º, CIRE. É no artigo 186.º, n.º 1, CIRE que encontramos a definição de insolvência culposa: insolvência que foi causada ou agravada pela atuação dolosa ou com culpa grave do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência. Deste modo, a lei exige que estejamos perante um comportamento (seja ele uma ação ou uma omissão) do devedor ou dos seus administradores, que este comportamento seja ilícito⁷⁴⁻⁷⁵, que haja dolo ou culpa grave, tendo de se estabelecer um nexo de causalidade: a insolvência tem de ter sido criada ou agravada devido a um comportamento, adotado pelo devedor ou pelos seus administradores, doloso ou com culpa grave. Além destes requisitos, é exigível ainda que o comportamento tenha sido adotado nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

No n.º 1 do art. 186.º, CIRE encontramos uma noção geral de insolvência culposa, que é complementada e concretizada através das suas presunções do n.º 2 e do n.º 3 do mesmo art., por outras palavras, o n.º 1 declara quais são os requisitos para a qualificação da insolvência como culposa e o n.º 2 e o n.º 3, ajudam-nos a preencher esses requisitos através das suas presunções.

⁷³ Cfr. arts. 39.º, n.º 4, CIRE e 232.º, n.º 5, CIRE.

⁷⁴ Cfr. SERRA, Catarina, “Decoctor...”, pp. 66 e 67, DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, p. 162 e OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade...”, pp. 196-199.

⁷⁵ Ao exigir a atuação dolosa ou com culpa grave, o art. 186.º, n.º 1, CIRE, está a exigir, implicitamente, a ilicitude, o que significa que o comportamento adotado pelo administrador não vai ao encontro dos deveres de gestão e de lealdade, previstos no art. 64.º, n.º 1, alíneas a) e b), CSC, cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade...”, pp. 197 e 198.

O n.º 2 do art. 186.º, CIRE é, nas palavras de CARNEIRO DA FRADA, “a mais detalhada especificação” do dever de lealdade “que o direito legislado conhece”⁷⁶, nas suas alíneas a) a g) encontramos quase todas hipóteses de violação deste dever⁷⁷.

Mas o art. 186.º, CIRE não engloba apenas hipóteses de violação do dever de lealdade, abrange também hipóteses de violação do dever de gestão, nas alíneas h) e i) do n.º 2 e nas alíneas a) e b) do n.º 3⁷⁸.

É da qualificação da insolvência como culposa que resultam os efeitos eventuais para os administradores: inibição para administrar património de terceiro, durante 2 a 10 anos (art. 189.º, n.º 2, alínea b), CIRE), inibição para o exercício do comércio e “para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa”, também durante um período de 2 a 10 anos (art. 189.º, n.º 2, alínea c), CIRE), perda de créditos sobre a insolvência e a massa insolvente e a obrigação de restituir os bens ou direitos recebidos da insolvência ou da massa insolvente (189.º, n.º 2, alínea d), CIRE) e obrigação de indemnizar os credores no montante dos créditos não satisfeitos (art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE). JOSÉ MANUEL BRANCO classifica estes efeitos como essencialmente punitivos e escassamente ressarcitórios⁷⁹.

Além dos efeitos que recaem sobre os administradores afetados pela qualificação da insolvência como culposa, o regime da qualificação da insolvência é ainda constituído por presunções, umas ilidíveis (*iuris tantum*), outras inilidíveis (*iuris et de iure*), cujo objetivo é ajudar a qualificar a insolvência como culposa.

Encontramos estas presunções no art. 186.º, n.º 2 e n.º 3, CIRE e a sua adoção justifica-se, segundo CARNEIRO DA FRADA, pela necessidade de assegurar uma eficiência maior “da ordem jurídica na responsabilização dos administradores por condutas censuráveis que originaram ou agravaram insolvências”⁸⁰ e para favorecer “a previsibilidade e a rapidez da apreciação judicial dos comportamentos”, acrescenta MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO⁸¹.

As presunções do n.º 2 e do n.º 3 são taxativas⁸².

⁷⁶ Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, p. 695.

⁷⁷ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade...”, p. 198.

⁷⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 202.

⁷⁹ Cfr. BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade...*, p. 59.

⁸⁰ Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, p. 701.

⁸¹ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 129.

⁸² Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, p. 689 e MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, pp. 374 e 378, nota 49.

2.3.1. As presunções do n.º 2

Não restam dúvidas de que as presunções do n.º 2 são inilidíveis devido à letra da lei: “considera-se sempre culposa”. O elenco deste n.º 2 é extenso, com o objetivo de cobrir os casos que a experiência tem demonstrado estarem na origem da insolvência.

Relativamente a estas presunções inilidíveis, a doutrina e a jurisprudência têm questionado se também se pode presumir o nexo de causalidade entre a conduta legalmente tipificada e a criação ou o agravamento da situação de insolvência.

No direito espanhol, que inspirou o nosso legislador na escrita do CIRE, a doutrina tem vindo a considerar que a prática dos factos descritos nas várias alíneas do n.º 2 é grave o bastante para que se estabeleça aquele nexo de causalidade⁸³.

No direito português, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, também defendem que as alíneas do n.º 2 se traduzem em efeitos negativos para o património do insolvente, seja de forma direta, seja de forma indireta, pelo que o nexo de causalidade pode ser presumido⁸⁴.

CARNEIRO DA FRADA concorda com estes autores, mas apenas no que diz respeito às alíneas a) ou g), pois considera que nem todas as alíneas do n.º 2 do art. 186.º, CIRE têm o mesmo grau de clareza relativamente à origem ou agravamento da insolvência, isto é, algumas condutas descritas nas alíneas deste art., claramente, levarão a uma situação de insolvência (por exemplo, alíneas a) e g)), mas há outros casos que não conduzirão, necessariamente, a uma situação de insolvência, ou seja, os comportamentos descritos podem não resultar em insolvência, pelo que, é preciso que ocorra a verificação de outros fatores, (é o que ocorre nos casos da alíneas d) e f), que diz consagrarem fatores fortuitos, sendo da opinião de que é excessivo considerar que delas resulte a qualificação da insolvência como culposa). Existem também casos em que a responsabilidade se verifica por omissões e destas também não resulta, necessariamente, uma situação de insolvência (veja-se as alíneas h) e i))⁸⁵.

⁸³ Cfr. GARCÍA-GRUGES, José Antonio, *Comentario...*, p. 2526.

⁸⁴ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, p. 719. Com estes autores concorda também MENEZES LEITÃO em *Direito da Insolvência*, p. 282, ADELAIDE MENEZES LEITÃO que afirma mesmo que o n.º 2 funciona, independentemente do n.º 1, com exceção do pressuposto temporal que continua a ser de três anos, cfr. MENEZES, Adelaide Leitão, “Insolvência...”, p. 275 e, ainda, SOVERAL MARTINS em *Um Curso...*, p. 376. Este último autor apenas critica a alínea i), pois, neste caso, estamos perante fatores que ocorreram posteriormente ao início do processo de insolvência, pelo que não vê “grande sentido em extrair daí a existência de culpa e de causalidade na criação ou agravamento da situação de insolvência. Ainda para mais de forma inilidível”, cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 376, nota 44.

⁸⁵ Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, pp. 692

Note-se que, por exemplo, a alínea h) manda considerar culposa a insolvência quando o administrador não cumpriu a obrigação de manter a contabilidade organizada. Este é um caso em que não se pode afirmar com segurança que a insolvência foi criada ou agravada por este comportamento. Aqui, como em outras alíneas, o legislador ignora o facto de existir ou não um nexo de causalidade entre o comportamento do administrador e a situação de insolvência. O legislador desconsidera este nexo de causalidade para dissuadir e prevenir a adoção de condutas por parte dos administradores que, segundo a experiência, provoquem ou agravem situações de insolvência.

O autor considera então que o n.º 2 deverá ser interpretado com ponderação, para “alcançar um efeito responsabilizante equilibrado”, que consiga, por um lado dissuadir as condutas reprováveis por parte dos administradores e, por outro, que permita respeitar a autonomia decisória e o risco empresarial a que os administradores estão expostos⁸⁶.

Por sua vez, CATARINA SERRA considera que, por um lado as alíneas a) a g) são presunções das quais se pode retirar, sem dúvida, que o administrador teve culpa na insolvência⁸⁷, uma vez que descrevem condutas que, normalmente, apresentarão como consequência a insolvência, isto é, que apresentam “indícios sérios de que a insolvência se deve à atuação dolosa ou com culpa grave de certos sujeitos”⁸⁸; e, por outro, considera que as alíneas h) e i) são ficções legais, uma vez que, os factos nelas descritos não são suficientes para que se possa presumir indubitavelmente o seu nexo de causalidade com a insolvência, sendo que é pouco provável que esses factos sejam a causa ou o agravamento da situação de insolvência. Apesar de os comportamentos descritos nestas alíneas serem reprováveis, a autora afirma, e com toda a razão, que “não é – não deve ser – a reprovabilidade de um comportamento que o transforma em causa provável de certo resultado”⁸⁹. Assim, no caso destas alíneas, apenas se poderá presumir a existência de culpa grave e não de culpa na insolvência⁹⁰. No entanto, os efeitos da qualificação da insolvência como culposa irão verificar-se de igual modo⁹¹, o que significa que o regime será o mesmo para situações que são diferentes. O legislador estabeleceu o regime desta forma não porque o descrito nas alíneas h) e i) pudesse ser a causa da insolvência, mas

e 693.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 698.

⁸⁷ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 141 e o mesmo defende a autora em “Decoctor...”, pp. 66 e 69.

⁸⁸ Cfr. SERRA, Catarina, “Decoctor...”, p. 68.

⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 67.

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 67.

⁹¹ Seguindo o entendimento de CATARINA SERRA, cfr. PAIXÃO, José Pedro Silva, “Comentário...”, p. 350.

sim porque o administrador terá praticado, com grande probabilidade, um ato ilícito censurável que o justifica, ou seja, a violação dos deveres legais é suficiente para que o administrador seja punido desta forma. Apesar destas considerações, CATARINA SERRA não considera que o regime seja o mais justo, sobretudo no que diz respeito às alíneas h) e i), pelo que, a seu ver, estas deveriam ter sido integradas no n.º 3, que já permite a prova em contrário⁹², podendo assim o administrador defender-se demonstrando que a sua conduta, ainda que tivesse sido ilícita ou até culposa, não tinha causado ou agravado a insolvência, afastando deste modo a qualificação da insolvência como culposa bem como os efeitos referidos no art. 189.º, n.º 2, CIRE.

RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, relativamente às alíneas a) a g) considera, contrariamente à doutrina maioritária, que é necessário provar o nexo de causalidade entre a conduta tida pelo devedor ou pelos seus administradores e a criação ou o agravamento da situação de insolvência para que as presunções possam produzir os seus efeitos⁹³. O autor defende que seria impensável que um administrador fosse alvo das sanções pesadas previstas no art. 189.º, n.º 2, CIRE, quando, na realidade, o seu comportamento não foi o que produziu ou agravou a insolvência⁹⁴. Se assim não for, estar-se-ia a punir o administrador através de sanções civis diretas que seriam desproporcionais e colocariam em causa a tutela jurisdicional efetiva consagrada na CRP⁹⁵. Este autor, tal como CATARINA SERRA, considera que as alíneas h) e i) são ficções legais⁹⁶.

RUI PINTO DUARTE tece várias críticas relativamente a este n.º 2, considerando que este não consagra presunções de insolvência culposa⁹⁷. O autor expõe que, ainda que algumas das regras deste n.º 2 digam respeito a factos ilícitos e danos, estes podem não ser a causa da insolvência, nem tão pouco aquilo que tenha levado ao seu agravamento e dá como exemplo o facto de o administrador fazer do crédito do devedor um uso contrário ao interesse do último, mas antes em seu próprio proveito ou no proveito de terceiros⁹⁸. Realça também que algumas das regras do n.º 2 são relativas a factos que podem não ser merecedores de uma censura grave ou até de qualquer tipo de censura, como acontece no caso do prosseguimento de uma exploração deficitária, no interesse de terceiros, mesmo

⁹² Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 141 e SERRA, Catarina, “Decoctor...”, p. 69.

⁹³ Cfr. OLIVEIRA, Rui Estrela de, “Uma Brevíssima...”, pp. 974-980.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 980.

⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 980.

⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 979. No mesmo sentido vai o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 02.07.2009 (Evaristo Freitas Vieira).

⁹⁷ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, p. 160, nota 22.

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 162.

sabendo ou devendo saber que esta resultaria com grande probabilidade numa situação de insolvência⁹⁹, esta é a alínea g) do n.º 2 do art. 186.º, CIRE, que está carregada de conceitos indeterminados:

- O que se considera uma exploração deficitária?
- O interesse pessoal abrange que tipo de condutas?
- Os sócios são considerados terceiros neste contexto?

Neste seguimento, o autor alerta para o facto de o n.º 2 contradizer o n.º 1, pois este último preceito manda qualificar a insolvência como culposa quando esta tiver sido criada ou agravada pelo devedor ou pelos seus administradores dolosamente ou com culpa grave, e o primeiro preceito admite qualificar a insolvência deste modo quando não haja culpa grave ou sequer algum tipo de culpa¹⁰⁰.

Assim, a opinião deste autor é a de que o n.º 1 consagra uma proposição que pretende conectar certos efeitos, os do art. 189.º, ao facto de a insolvência ter sido causada ou agravada pela atuação dolosa ou com culpa grave do devedor ou dos seus administradores¹⁰¹. No entanto, considera que o n.º 2 não tem, em algumas das suas alíneas, o objetivo de conectar o estabelecimento desse facto a outros, tal como seria de esperar de uma presunção, contem sim proposições substantivas especiais, que em parte concretizam a proposição geral do n.º 1, mas noutra parte afastam-se dela. Destarte, afirma que o n.º 2 não engloba presunções da existência de insolvência culposa¹⁰².

Apesar de todas estas críticas, o autor consegue encontrar um ponto comum com parte da doutrina, pois também considera que as alíneas do n.º 2 não contemplam factos de natureza igual: as alíneas a) a g) reportam-se a condutas em si mesmas danosas, já as alíneas h) e i) consagram condutas apenas geradoras de perigos, perigos esses que podem não causar a insolvência, nem tão pouco danos¹⁰³.

RUI PINTO DUARTE adverte ainda para o facto de as irregularidades contabilísticas serem tratadas de forma diferente¹⁰⁴. Ao passo que o incumprimento da obrigação de elaborar as contas anuais é apenas alvo de uma presunção relativa de culpa (n.º 3, alínea b), CIRE), o incumprimento da obrigação, em termos substanciais, de manter

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 162.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 162.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 160, nota 22.

¹⁰² *Idem, ibidem*, p. 160, nota 22.

¹⁰³ *Idem, ibidem*, pp. 162 e 163 e cfr. também FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, p. 693 e SERRA, Catarina, “Decoctor...”, pp. 68 e ss.

¹⁰⁴ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, p. 163.

a contabilidade organizada é presunção absoluta de insolvência culposa (n.º 2, alínea h), CIRE).

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO agrupa as presunções do n.º 2 em três categorias¹⁰⁵:

- Atos que afetam, no todo ou em parte considerável, o património do devedor, dois quais fazem parte as alíneas a) e c) do n.º 2 do art.186.º, CIRE;
- Atos que trazem benefícios para o administrador que os pratica ou para terceiros, ao mesmo tempo que prejudicam a situação patrimonial, nos quais se subsumem as alíneas b), d), e), f) e g) do n.º 2 do art.186.º, CIRE;
- Incumprimentos de obrigações legais, nos quais se enquadram as alíneas h) e i) do n.º 2 do art.186.º, CIRE.

Contendo o n.º 2 um catálogo de presunções inilidíveis, para que a insolvência não seja qualificada como culposa, o afetado pela sua qualificação não tem outra hipótese se não provar que não praticou o ato.

2.3.2. As presunções do n.º 3

CATARINA SERRA, no que diz respeito ao n.º 3, que contempla as presunções ilidíveis, considera que ele não consagra meras presunções relativas de culpa, mas sim verdadeiras presunções relativas de insolvência culposa¹⁰⁶⁻¹⁰⁷. A autora entende que assim é devido à dificuldade de se provar o nexo de causalidade entre os factos que descrevem e a conduta adotada pelos administradores, pelo que, se assim não se entender os sujeitos que adotam este tipo de condutas ficam impunes¹⁰⁸ e a norma perde a sua utilidade prática¹⁰⁹. Assim, esta autora defende que o nexo de causalidade também aqui deve ser presumido. No entanto, como é muito improvável que tenham sido estas condutas a agravar ou a causar a insolvência dá-se a hipótese a estes sujeitos de provarem isso mesmo e que o que esteve na origem ou agravamento da insolvência foi um outro facto. Ainda assim, o legislador sanciona o administrador, onerando-o com uma

¹⁰⁵ Seguindo a divisão apresentada por CARVALHO FERNANDES, em “A Qualificação...”, p. 95, nota 23, cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, pp. 129 e 130.

¹⁰⁶ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 141 e SERRA, Catarina, “Decoctor...”, p. 69. Na mesma linha de CATARINA SERRA cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade...”, pp. 206 a 207.

¹⁰⁷ RUI PINTO DUARTE considera que a opinião de CATARINA SERRA não tem qualquer correspondência, por mínima que seja, na letra da lei, cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, p. 161, nota 24.

¹⁰⁸ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 141 e SERRA, Catarina, “Decoctor...”, p. 69.

¹⁰⁹ Cfr. PAIXÃO, José Pedro Silva, “Comentário...”, p. 357.

presunção, para o punir por ter incumprido os seus deveres legais. O regime das presunções do n.º 3, de acordo com esta parte da doutrina, será então punitivo, mas também preventivo, pois os deveres legais saem reforçados¹¹⁰, uma vez que, este normativo estabelece dois deveres que se consideram ser preventivos de insolvências, pois, a serem cumpridos, permitiram detetar mais atempadamente a situação da empresa, para que esta não se agravasse¹¹¹.

JOSÉ PEDRO SILVA PAIXÃO afirma, seguindo a linha de CATARINA SERRA, que se o administrador não afastar a presunção de culpa grave prevista neste n.º 3, deverá considerar-se que o nexo de causalidade se verifica¹¹²⁻¹¹³.

A maioria da doutrina¹¹⁴ considera que o n.º 3 contém apenas presunções de culpa grave e que não se pode presumir um nexo de causalidade entre a conduta e situação de insolvência, pelo que, para que a insolvência seja qualificada como culposa, há que provar, que a mesma foi causada ou agravada por alguma das condutas a que se referem as alíneas do n.º 3, nos termos do art. 186.º, n.º 1, CIRE.

2.3.3. A independência entre a ação de responsabilidade civil e penal e o incidente de qualificação da insolvência

Tal como é estabelecido no n.º 40 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE, a qualificação da insolvência como culposa ou fortuita não é vinculativa quando se proceda ao apuramento da responsabilidade civil dos administradores, pelo que, a ação de responsabilidade civil é independente do incidente de qualificação da insolvência, nem para o processo penal, sendo esta ideia reforçada pelo art. 185.º, CIRE¹¹⁵.

Assim, para que se possa imputar responsabilidade civil aos administradores é necessário recorrer às regras do CSC. CARNEIRO DA FRADA¹¹⁶, critica o facto de o regime ter sido estabelecido deste modo, pois considera que tal dificulta a efetivação da

¹¹⁰ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 141 e SERRA, Catarina, “Decoctor...”, pp. 69 e 70.

¹¹¹ Cfr. PAIXÃO, José Pedro Silva, “Comentário...”, p. 353.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 359.

¹¹³ Em sentido oposto, cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22.01.2008 (Graça Amaral).

¹¹⁴ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, pp. 719 e 720, LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 283, MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 380 e LEITÃO, Adelaide Menezes, “Insolvência...”, p. 275.

¹¹⁵ Este art. 185.º, CIRE contém um lapso, o legislador deveria ter feito a remissão para as ações previstas no art. 82.º, n.º 3, CIRE.

¹¹⁶ Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, p. 671.

responsabilização dos administradores. Neste sentido, considera que no próprio CIRE deveriam ter sido estabelecidas as situações em que surge a obrigação de indemnizar, bem como os princípios que levam à imputação da insolvência aos administradores, pois deste modo conseguir-se-ia mais facilmente combater as insolvências culposas e instituir modelos de administração criteriosa e ordenada. Assim, o autor considera que o legislador desenvolveu bem as hipóteses de insolvência culposa, mas ficou aquém do esperado a nível de responsabilidade civil. Concordamos com o autor, mas consideramos que seria mais benéfico recorrer-se apenas do CSC, pelo menos enquanto o art. 186.º não for revisto e reformulado de modo a que a sua interpretação possa ser uniforme.

A independência entre a ação de responsabilidade civil e o incidente de qualificação da insolvência envolve consequências: quando se tenha decidido que a insolvência era fortuita e que, portanto, os administradores não tiveram culpa, tal não é tido em consideração na ação de responsabilidade civil; o mesmo acontecendo se a insolvência for considerada culposa. Esta separação é, na opinião do autor *supra* citado, exacerbada¹¹⁷.

2.3.4. Reflexões sobre o as presunções do n.º 2 e do n.º 3 do art. 186.º, CIRE

A intenção do legislador com as presunções do n.º 2 e do n.º 3 do art. 186.º, CIRE foi ajudar o lesado, bem como os intérpretes, a preencher o conceito de insolvência culposa. No entanto, apesar de boa, esta intenção resultou numa enorme discussão doutrinal, como se expôs *supra*, mas também jurisprudencial¹¹⁸, pelo que poderemos concluir pelo desajuste desta técnica normativa¹¹⁹. Destarte, não compreendemos como é que uma norma que revela tamanha discordância ainda não foi reformulada pelo legislador. Caso tal não aconteça poderemos continuar a assistir a diferentes decisões perante casos semelhantes.

Relativamente ao n.º 2, para que tivéssemos um regime mais justo e para que não se corresse o risco de se sancionar inocentes, ainda para mais, sendo os efeitos que resultam da qualificação da insolvência tão gravosos, o mais aceitável seria que se tivesse

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 672.

¹¹⁸ Uma parte da jurisprudência defende que se deve provar o nexo causal em todas as presunções, cfr., por exemplo, Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, de 28.06.2012 (Amílcar Andrade) e Ac. Tribunal da Relação do Porto, de 10.02.2011 (Freitas Vieira). Outra parte considera que não é necessário a prova do nexo causal, cfr, a título de exemplo, Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22.05.2012 (Barateiro Martins). e Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.12.2010 (Luís Espírito Santo).

¹¹⁹ No mesmo sentido, cfr. MAGALHÃES, Carina, “Incidente...”, pp. 121.

de provar o nexo de causalidade em todas as presunções. Como não se pode afirmar com toda a certeza que os comportamentos descritos nas alíneas do referido n.º 2 são o que causou ou agravou a insolvência, não consideramos que seja possível uma condenação dos administradores sem que se prove o nexo de causalidade entre os referidos comportamentos e a situação de insolvência.

No que diz respeito às presunções do n.º 3, não aceitamos a tese de que não é necessário provar o nexo de causalidade, nem de que estamos perante verdadeiras presunções relativas de insolvência culposa, pois o legislador foi claro ao estabelecer que apenas se presume a “existência de culpa grave”¹²⁰. Não concordamos com os autores que consideram que, se não se entender que estas são verdadeiras presunções relativas de culpa na insolvência, os sujeitos que pratiquem as condutas por elas descritas não serão punidos e o regime perderá a sua utilidade prática, uma vez que, os sujeitos podem ser punidos por outras vias, uma vez que incumpriram os seus deveres legais, e a utilidade prática do regime não deverá ser perseguir os administradores que vêm a sociedade numa situação de insolvência.

Assim, estamos neste ponto lado a lado com RUI PINTO DUARTE e criticamos fortemente a perseguição que consideramos existir sobre os insolventes e os administradores das empresas insolventes¹²¹. Um dos objetivos do instituto da insolvência deverá ser o da reparação das relações económicas e para que tal objetivo seja atingido, há que garantir que o devedor, neste caso, o administrador do devedor, reconheça a sua situação de insolvência o mais cedo possível. Por esta razão, as normas de insolvência devem ser o menos possível punitivas, para que os administradores não tenham receio de expor a sua situação devido às consequências que os esperam.

Além do mais, há que ter em conta que as causas da insolvência muitas vezes não se prendem com o facto de os administradores serem incompetentes. No entanto, as consequências que resultam da qualificação da insolvência como culposa são tão gravosas para estes, que o resultado será afastá-los das empresas que estejam numa situação de perigo em termos económicos, o que é de evitar, pois, à partida, um bom administrador terá mais probabilidade de conseguir retirar a empresa de uma situação de risco e colocá-la numa situação mais desejável.

Concluimos, deste modo, que as normas de qualificação da insolvência se resumem à punição indiscriminada de administradores pelo incumprimento dos seus

¹²⁰ Cfr. a letra do art. 186.º, n.º 3, CIRE.

¹²¹ Cfr. DUARTE, Rui Pinto. “Efeitos...”, p. 143.

deveres de gestão e lealdade, o que já resultava do CSC; no entanto, através do regime do CIRE que impõe os efeitos gravosos do art. 189.º, n.º 2, CIRE, os administradores poderão ser punidos injustamente, podendo até ocorrer o caso de, ainda que estes tenham incumprido os seus deveres, tenha sido outra a causa da origem ou do agravamento da insolvência.

2.3.5. O incidente limitado de qualificação

Este incidente ocorre apenas no caso do art. 39.º, n.º 1, CIRE ou no caso do art. 232.º, n.º 5, CIRE, pelo que ocorrerá quando a massa insolvente seja insuficiente para pagamento das custas processuais e das dívidas da própria massa.

A tramitação deste incidente é regulada pelos arts. 39.º, 188.º, 191.º, n.º 1, alíneas a) e b) e n.º 2, 232.º e 132.º a 139.º, todos do CIRE e tendo por base a tramitação do incidente pleno, com as devidas adaptações.

Se no incidente limitado a insolvência for qualificada como culposa, os efeitos que se produzem serão os mesmos que se produzem no incidente pleno, exceto o efeito previsto pelo art. 189.º, n.º 2, alínea d), CIRE, por força da interpretação do art. 191.º, n.º 1, alínea c), *a contrario*.

2.3.6. As notificações e citação. As oposições

Se tanto o administrador da insolvência como o Ministério Público propuserem a qualificação da insolvência como culposa e o juiz decidir proferir de imediato decisão nesse sentido, a sua decisão é insuscetível de recurso (art. 188.º, n.º 5, CIRE). Mas, caso o juiz não proceda desta forma, deverá mandar notificar o devedor e citar pessoalmente aqueles que devam ser afetados pela qualificação da insolvência como culposa, para que estes, querendo, se oponham (art. 188.º, n.º 6, CIRE). A referida oposição deverá ser feita no prazo de 15 dias, de acordo com o estabelecido no art. 188.º, n.º 6, CIRE.

Da falta de oposição destes sujeitos não resulta, necessariamente, a qualificação da insolvência como culposa¹²². No entanto, SOVERAL MARTINS aceita que “certos factos relativos ao sujeito em causa sejam considerados admitidos por acordo, nos termos do art. 574.º, n.º 2, CPC”¹²³. RUI ESTRELA DE OLIVEIRA considera que a falta de

¹²² Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 369.

¹²³ *Idem, ibidem*, p. 369.

oposição de quem possa ser afetado pela insolvência como culposa “não tem como consequência a confissão ficta dos factos alegados previamente, uma vez que estamos perante uma relação jurídica controvertida de carácter indisponível.¹²⁴”.

Quem possa ser afetado pela qualificação da insolvência como culposa não deve deixar de deduzir oposição, nem encará-la como uma tarefa qualquer, uma vez que, os efeitos que se podem produzir na sua esfera são bastante gravosos, por força do art. 189.º, n.º 2, CIRE. SOVERAL MARTINS considera que esta oposição deverá ser também utilizada para que os sujeitos em causa se pronunciem sobre os referidos efeitos e põe em causa a constitucionalidade do art. 188.º, n.º 6, CIRE¹²⁵. Não será o prazo de 15 dias para apresentarem oposição, estabelecido por este art., curto demais?

Passado o prazo de oposição, o administrador da insolvência, o Ministério Público e os interessados, dispõe de um prazo de 10 dias para responder à oposição, conforme o disposto no art. 188.º, n.º 7, CIRE.

Findo este prazo, tem agora a comissão de credores 10 dias para juntar o seu parecer sobre as oposições, aplicando-se então o art. 135.º, CIRE, por força do art. 188.º, n.º 8, CIRE¹²⁶.

Note-se que é possível recorrer da sentença que qualifique a insolvência como culposa, nos termos gerais do art. 14.º, CIRE, sendo que são partes legítimas para proceder a este recurso todas aquelas que tiverem sido afetadas por tal qualificação¹²⁷.

2.4. Os efeitos da qualificação da insolvência como culposa que recaem sobre os administradores

2.4.1. Inibição para a administração de património de terceiros

Antes da Lei n.º 16/2012, os administradores afetados pela qualificação da insolvência como culposa eram decretados inabilitados por um período que podia ir de 2 a 10 anos. Com esta nova lei, o legislador veio corrigir o erro que tinha cometido anteriormente, substituindo a inabilitação pela inibição para a administração de património de terceiro. Era inconcebível que se decretasse o administrador como

¹²⁴ Cfr. OLIVEIRA, Rui Estrela de, “Uma Brevíssima...”, p. 963.

¹²⁵ Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 369.

¹²⁶ Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 370.

¹²⁷ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 286.

inabilitado, pois tal resultaria em limitações à sua capacidade civil, o que só seria legítimo se a sua capacidade estivesse, de facto, afetada, isto é, se este se encontrasse afetado por alguma debilidade que o pudesse tornar incapaz de administrar o seu património corretamente. Com esta sanção, o administrador estaria privado de administrar livremente os seus próprios bens, o que o colocava numa situação de inabilitação, cujo propósito é o de proteger o próprio inabilitado e não servir de sanção pela insolvência culposa, pelo que não se atingia o efeito pretendido.

Apesar desta substituição da inabilitação pela inibição para a administração de património de terceiro, o regime continua a não cumprir o seu objetivo de prevenir a adoção de comportamentos que provoquem ou agravem a insolvência¹²⁸, uma vez que, o que resulta do art. 189.º, n.º 1, alínea b), CIRE já resultava do art. 81.º, n.º 1, CIRE, isto é, o administrador da sociedade insolvente já se encontrava, por força deste art., privado da administração dos bens da sociedade, pelo que, este efeito não terá grande utilidade e dificilmente se apresentará como um fator dissuasor¹²⁹. JOSÉ MANUEL BRANCO, considera que este efeito cumpre uma finalidade essencialmente punitiva que afeta a capacidade de exercício de um direito, o que, indiretamente, se traduzirá também numa finalidade de prevenção¹³⁰. Por sua vez, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, julga que este efeito se destina a proteger o comércio jurídico da “atuação de pessoas que já deram provas da sua incapacidade para agir livremente nesse domínio” e a punir estas mesmas pessoas¹³¹. Tendo então, segundo a autora, uma dupla faceta: defender terceiros cujo património pudesse ser prejudicado pela atuação destas pessoas e, por outro lado, é de índole repressiva, uma vez que não é aplicável às hipóteses de culpa leve.

O CIRE apenas fixa um limite mínimo – 2 anos – e um limite máximo – 10 anos – para a duração desta inibição, pelo que, para encontrar o período de tempo a fixar no caso concreto o juiz deverá ter em conta fatores como o grau de culpa, a gravidade da conduta e o nexo de causalidade entre a conduta e a situação de insolvência, ou seja, deverá atender ao caso concreto¹³².

De notar que, mesmo antes da substituição da inabilitação pela inibição, o art. 189.º, n.º 1, alínea b), CIRE já havia sido considerado inconstitucional, com força obrigatória geral, no Ac. do TC n.º 173/2009 de 2 de abril, que teve como relator

¹²⁸ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, pp. 76 e 77 e SERRA, Catarina, “Os efeitos...”, p. 184.

¹²⁹ Cfr. SERRA, Catarina, “Os efeitos...”, p. 184.

¹³⁰ Cfr. BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade...*, p. 37.

¹³¹ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, pp. 115 e 135.

¹³² Cfr. CARVALHO, Liliana Marina Pinto, “Responsabilidade...”, p. 882.

JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, por se ter considerado que violava os arts. 26.º e 18.º, n.º 2, CRP.

A consequência da violação desta proibição de administrar património de terceiro não vem estabelecida no CIRE. Assim, dever-lhe-á ser aplicada a sanção que se destina a reprimir o desrespeito de decisões judiciais¹³³.

2.4.2. Inibição para o exercício de comércio e para a ocupação de alguns cargos

Em caso de insolvência culposa, o art. 189.º, n.º 2, alínea c), CIRE impõe a inibição dos administradores para o exercício do comércio e “para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa”, durante um período de 2 a 10 anos.

O legislador enumerou todas as entidades nas quais o afetado pela qualificação da insolvência como culposa não poderá exercer funções, o que é perceptível através da supressão da expressão “incluindo” que vigorava no art. 148.º, CPEREF, pelo que, devemos entender que o preceito agora vigente faz uma enumeração taxativa, o que significa que os referidos afetados apenas estão impedidos de exercer funções nas entidades enumeradas no art. 189.º, n.º 2, alínea c), CIRE. Deste modo, é-lhes permitido exercer funções em órgãos sociais de ACE ou AEIE, o que se considera contraditório¹³⁴.

A propósito deste efeito surgem na doutrina duas questões. A primeira consiste em saber se são válidos os negócios celebrados pelos administradores em causa, violando esta proibição.¹³⁵ OLIVERIA ASCENSÃO, defende, a propósito da inibição do falido, que esta proibição não invalida os atos por si praticados em violação da mesma¹³⁶. A segunda questão é a de saber se se passa a considerar comerciante quem, estando proibido de exercício de comércio, o exerce na mesma como profissão. COUTINHO DE ABREU afirma que não, pois quem se encontre impedido de comerciar, não deve exibir o estatuto de comerciante¹³⁷.

A razão de ser deste efeito prende-se com a defesa da credibilidade do comércio e dos cargos referidos, que poderia ser colocada em causa se estes fossem desempenhados

¹³³ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 136.

¹³⁴ Cfr. entre outros, COSTEIRA, Maria José, “A insolvência...”, p. 171.

¹³⁵ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete. “A Insolvência...”, p. 31.

¹³⁶ Cfr. ASCENSÃO, José Oliveira, “Efeitos...”, p. 327.

¹³⁷ Cfr. ABREU, Jorge Coutinho, *Curso de...*, vol. II, p. 127.

por pessoas que foram afetadas pela qualificação da insolvência como culposa¹³⁸.

O legislador, aparentemente, apenas quis abranger com esta inibição o exercício profissional do comércio e não o seu exercício esporádico¹³⁹.

À semelhança do efeito anterior, também neste o legislador fixou apenas um período mínimo e um período máximo para a sua duração, pelo que caberá ao juiz ponderar vários fatores, como ter havido dolo ou culpa grave, para decidir qual a duração que terá este efeito inibitório.

Esta efeito tem também um cariz punitivo¹⁴⁰ e, consequentemente, (supostamente) preventivo¹⁴¹ e o seu incumprimento não tem consequências a nível insolvencial.

2.4.3. Perda de créditos e obrigação de restituição de bens ou direitos

A qualificação da insolvência como culposa, impõe que o juiz determine “a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos” (art. 189.º, n.º 2, alínea d), CIRE).

Este efeito apenas se verifica quando o incidente de qualificação da insolvência é pleno¹⁴², uma vez que, o incidente limitado ocorre quando o processo é encerrado por insuficiência da massa¹⁴³.

Parte da doutrina critica esta norma, argumentando que não existe proporção entre a conduta ilícita e a sanção¹⁴⁴, pois, independentemente do grau de culpa, todas as pessoas que sejam “afectadas pela qualificação” da insolvência como culposa perderão os seus “créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente” e terão de restituir todos os bens ou direitos recebidos em pagamento desses créditos. Defende-se, portanto, que se deveria ter tido em conta, além do grau de culpa, o valor dos créditos, a sua origem e a época em que foram constituídos. Propõe-se para tal que se faça uma interpretação restritiva desta norma e que na sentença se fixe uma data limite que deverá ser os três anos que antecederam o início do processo, de acordo com o estabelecido no art. 186.º,

¹³⁸ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 289.

¹³⁹ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 138 e nota 436, na mesma p. e MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 386.

¹⁴⁰ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 138.

¹⁴¹ Cfr. BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade...*, p. 37.

¹⁴² Cfr. art. 191.º, n.º 1, alínea c), CIRE.

¹⁴³ Cfr. arts. 39.º, n.º 1, CIRE e 232.º, n.º 5, CIRE.

¹⁴⁴ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Efeitos...”, p. 147 e COSTEIRA, Maria José, “A insolvência...”, p. 172.

n.º 1, CIRE¹⁴⁵.

Outra parte da doutrina considera que este efeito é o que melhor cumpre o objetivo de punir o administrador culpado pela origem ou agravação da insolvência¹⁴⁶.

Este é um efeito de cariz misto¹⁴⁷, na medida, em que produz consequências punitivas – o afetado perde o direito aos créditos que poderia deter sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente – e reconstitutivas – o afetado vê-se obrigado a devolver à massa aquilo que já tenha recebido em pagamento desses mesmos créditos.

2.4.4. Obrigação de indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios

A obrigação de indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios surgiu com a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril e vem previsto no art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE, recaindo sobre as pessoas afetadas pela insolvência como culposa, pelo que, se forem várias, a obrigação será solidária. Este é um efeito subsidiário, na medida em que, apenas se verifica quando a massa é insuficiente para a satisfação integral de todos os credores¹⁴⁸.

Nota-se entre ele e o art. 189.º, n.º 4, CIRE uma divergência. Ao passo que o primeiro preceito impõe a obrigação de indemnizar, o segundo, coloca a hipótese de não ser possível fixar o valor das indemnizações. Para resolver este problema, CATARINA SERRA, considera que o art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE deverá prevalecer sobre o n.º 4 do mesmo preceito¹⁴⁹.

Além do mais, na alínea e) do n.º 2 a expressão utilizada é “montante dos créditos não satisfeitos” ao passo que no n.º 4, o legislador se refere a “montante dos prejuízos sofridos”. Esta diferença de expressões poderá tornar ainda mais difícil a interpretação da lei, pelo que, ADELAIDE MENZES LEITÃO, defende que esta dificuldade se pode resolver encontrando o “mínimo denominador comum” destas expressões, que considera ser “créditos não satisfeitos”, ou seja, a letra do art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE¹⁵⁰. A autora esclarece ainda que este conceito de “créditos não satisfeitos” se refere aos créditos

¹⁴⁵ Cfr. COSTEIRA, Maria José, “A insolvência...”, p. 172.

¹⁴⁶ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 81.

¹⁴⁷ Cfr. BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade...*, p. 37.

¹⁴⁸ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 141 e FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, p. 736.

¹⁴⁹ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 82.

¹⁵⁰ Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes, “Insolvência...”, p. 279.

reclamados ou reconhecidos e não satisfeitos¹⁵¹, pois caso não se entenda assim desrespeita-se o princípio de igualdade de tratamento dos credores¹⁵².

Por sua vez, PINTO OLIVEIRA considera que o n.º 2 alínea e) consagra a regra de que a indemnização corresponderá ao montante dos créditos não satisfeitos e o n.º 4 a exceção¹⁵³. Destarte, afirma que o administrador poderá alegar e provar que não existe nenhuma relação de condicionalidade entre o comportamento ilícito e o dano provocado nos credores, o que poderá ocorrer em duas situações: quando o comportamento do administrador não tenha causado nenhum dano, por se consubstanciar apenas no incumprimento do dever de manter a contabilidade organizada; ou quando o comportamento do administrador tenha de facto causado um dano, mas este seja inferior ao montante dos créditos não satisfeitos¹⁵⁴. Desta forma, se o administrador não provar nem alegar que o seu comportamento não causou nenhum dano ou que causou um dano de montante inferior ao dos créditos não satisfeitos, considera o autor que se deve aplicar a alínea e) do n.º 2. Se, pelo contrário, o administrador provar e alegar que o seu comportamento não causou nenhum dano ou que o dano causado é inferior ao montante dos créditos não satisfeitos, deve-se aplicar o n.º 4, ou seja, o juiz fixará o valor das indemnizações ou, caso tal não seja possível, fixará os critérios a utilizar para a sua determinação¹⁵⁵. PINTO OLIVEIRA, adota esta posição, pois o administrador só deverá ser condenado a indemnizar os credores na estrita medida em que o seu comportamento tenha contribuído para a insolvência¹⁵⁶. Concordamos com este autor e apelamos a que, num caso em que se pretenda aplicar este efeito a um administrador afetado pela qualificação da insolvência como culposa se estabeleça uma dupla relação de causalidade, isto é, primeiramente terá de se verificar uma relação de causalidade entre o comportamento do administrador e a situação de insolvência e, posteriormente, terá também de se verificar uma relação de causalidade entre o comportamento desse mesmo administrador e os danos que se produziram na esfera dos credores.

O montante da indemnização deverá integrar primeiro a massa insolvente para depois ser distribuído pelos credores cujos créditos não foram satisfeitos¹⁵⁷, para que se

¹⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 279.

¹⁵² *Idem, ibidem*, p. 281.

¹⁵³ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade...”, p. 248.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 249.

¹⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 249.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 249.

¹⁵⁷ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 142, no mesmo sentido CARVALHO, Liliana Marina Pinto, “Responsabilidade...”, p. 887 e MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, pp. 388 e 389. Com opinião diversa, cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, p. 166, o autor considera que

cumpra o princípio da igualdade de tratamento dos credores.

Relativamente à expressão “até à força dos respetivos patrimónios”, MENEZES LEITÃO tem dúvidas de como esta deve ser interpretada¹⁵⁸, uma vez que o direito de execução apenas abrange, regra geral, o património do devedor, é óbvio que o direito de indemnização dos credores estará sempre limitado ao património dos afetados pela qualificação da insolvência como culposa. Assim, o autor considera que o legislador pretendeu excluir a possibilidade de os últimos serem declarados insolventes por não conseguirem cumprir na totalidade esta obrigação que sobre eles recai, pelo que, não deverá ser admissível a abertura de novos processos de insolvência contra os afetados pela qualificação da insolvência como culposa com a justificação de que estes não conseguem indemnizar os credores¹⁵⁹.

Ainda relativamente à referida expressão, RUI PINTO DUARTE considera que não se lhe deverá atribuir um significado especial¹⁶⁰, uma vez que, o legislador apenas pretendeu reforçar a ideia de que é todo o património das pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa que responde pela indemnização que terão de pagar aos credores.

Por sua vez, JOSÉ MANUEL BRANCO defende que esta expressão, que classifica como “pouco rigorosa”, se identifica com o preceituado no art. 601.º, CC, que limita a responsabilidade do devedor aos seus bens que sejam suscetíveis de penhora¹⁶¹.

Este novo efeito, faz com que os credores se encontrem protegidos quer a nível insolvencial, quer a nível societário. O direito societário adaptou-se ao processo de insolvência por três vias¹⁶²: o administrador da insolvência tem legitimidade exclusiva para propor e prosseguir as ações “destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente”¹⁶³ (art. 82.º, n.º 4, CIRE); estas ações correm por apenso ao processo de insolvência (art. 82.º, n.º 6, CIRE); as quantias pagas revertem a favor da massa insolvente.

as indemnizações podem ser pagas ao administrador da insolvência ou aos credores, dependendo do estado do processo de insolvência e do grau de determinação dos créditos não satisfeitos.

¹⁵⁸ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, pp. 290 e 291.

¹⁵⁹ Adota também esta perspetiva, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO em, “Responsabilidade...”, p. 102. A autora critica a opinião de RUI PINTO DUARTE e SOVERAL MARTINS, pois caso se entenda como estes autores, a norma nada acrescentaria ao art. 601.º, CC.

¹⁶⁰ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, p. 168. Com a mesma opinião deste autor, cfr. também MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 388.

¹⁶¹ BRANCO, José Manuel, “Qualificação...”, pp. 22 e 23.

¹⁶² Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 143.

¹⁶³ Cfr. art. 82.º, n.º 3, alínea b), CIRE.

Apesar de o art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE, apenas se referir à responsabilidade perante os credores sociais, os administradores são também responsáveis perante a sociedade, os sócios e outros terceiros, ao abrigo do disposto nos arts. 72.º e 79.º, ambos do CSC.

As ações que se proponham ao abrigo do art. 72.º, CSC no âmbito do processo de insolvência cabem exclusivamente ao administrador da insolvência, conforme preceituado pelo art. 82.º, n.º 3, alínea a), CIRE, correndo por apenso ao processo de insolvência (art. 82.º, n.º 6, CIRE).

Pelo contrário, as ações de responsabilidade perante sócios e outros terceiros, previstas no art. 79.º, CSC, não estão abrangidas pelo art. 82.º, CIRE, pelo que, mesmo no âmbito do processo de insolvência podem continuar a ser insaturadas pelos próprios sócios e terceiros, não correndo por apenso ao processo de insolvência¹⁶⁴.

CATARINA SERRA considera que este efeito não cumpre o seu propósito de reforço da responsabilização¹⁶⁵, sendo para tal necessário a adoção de outras medidas, pois, verifica-se, por exemplo, muitas vezes o caso de os administradores não terem património, por o terem antecipadamente esvaziado, o que não os permitirá indemnizar os credores. Para resolver este problema, a autora propõe que se estenda a resolução em benefício da massa aos atos que, ainda que não tenham sido praticados pelo insolvente e afetem patrimónios que não os da massa, são de igual modo prejudiciais para os credores que gozem do direito à indemnização¹⁶⁶.

Poderá considerar-se que estamos perante um efeito de índole ressarcitória. JOSÉ MANUEL BRANCO, considera que este é a “pedra de toque” que consolida a existência de uma responsabilidade patrimonial insolvencial¹⁶⁷. No entanto, o autor chega à conclusão de que ainda estamos longe de atingir o objetivo de ressarcimento dos credores à custa do património pessoal dos verdadeiros criadores ou agravadores da situação de insolvência.

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO considera que este é um efeito que se destina a penalizar patrimonialmente o insolvente e outras pessoas¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes, “Insolvência...”, p. 282.

¹⁶⁵ Cfr. SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 82 e 83.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 83.

¹⁶⁷ Cfr. BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade...*, p. 37.

¹⁶⁸ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 115. É esta também a perspetiva de CARVALHO FERNANDES e de JOÃO LABAREDA, cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, p. 736, advogando que, mais do que uma função ressarcitória, esta obrigação desempenha uma função de penalização.

Como já foi referido, este efeito entrou em vigor apenas com a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, com o propósito de se conseguir uma maior e mais eficaz responsabilização dos administradores que provocaram ou agravaram a situação de insolvência, tentando, deste modo, prevenir o surgimento de insolvências. No entanto, como expusemos supra, este efeito destina-se apenas a punir patrimonialmente o administrador e, nem isso, consegue assegurar, pois muitas vezes, na altura de aplicação deste efeito o seu património encontra-se já esvaziado. Concluimos assim que esta obrigação que recai sobre os administradores não consegue produzir os resultados desejados.

Vejamos ainda os dados apresentados no website www.racius.com, no período entre 2012 e 2018 no que diz respeito ao número de insolvências que ocorreram:

Tabela: N.º de Empresas Insolventes

Ano	N.º de Empresas Insolventes
2012	9.449
2013	10.212
2014	9.227
2015	9.927
2016	9.498
2017	8.229
2018	8.543

Fonte: www.racius.com

Através destes dados, é possível constatar que o número de insolvências entre 2012 e 2018 não teve uma variação muito favorável, é certo que houve anos em que este número diminuiu, comparando-o com o ano anterior, veja-se, por exemplo que em 2016 foi de 9.498 e em 2017 diminuiu para 8.229. No entanto, o número de insolvências continua a ser bastante elevado, não apresentando uma variação muito significativa desde que entrou em vigor a obrigação de os administradores indemnizarem os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios.

Tomando este facto em consideração e que o incidente de qualificação da insolvência pode resultar na punição injusta de um administrador por permitir que se presuma a sua culpa na insolvência ou a sua culpa grave, quando não existe culpa alguma,

e que tal pode resultar para si na obrigação de indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças do respetivo património, o que consideramos uma obrigação bastante gravosa para a esfera patrimonial do administrador, é necessária muita cautela aquando da aplicação do art. 189.º, n.º2, alínea e), CIRE.

Mais uma vez constatamos que o CIRE se preocupa muito mais em punir do que em prevenir, o que a nosso ver não será o caminho certo a percorrer, pois, ainda que possam estar na origem do número de insolvências diversos fatores, é certo que este não tem vindo a diminuir como é desejável. Consideramos, portanto, que este efeito não será o meio para atingir o fim que se deve pretender: evitar a ocorrência de situações de insolvência.

O art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE aumenta muito o risco de responsabilização dos administradores, pelo que será de extrema importância que os mesmos se encontrem munidos de alguma proteção, proteção essa que poderá ser concedida através de seguros¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes, “Insolvência...”, p. 283.

Cap. III – Coordenação dos regimes do CSC e do CIRE na responsabilização dos administradores

3.1. Considerações gerais

RUI PINTO DUARTE descreve a regulação presente no CIRE como “muito infeliz”, devido às dúvidas que levanta e pelas soluções que estabelece não gozarem de grande razoabilidade¹⁷⁰, além de que, o recurso ao CIRE pressupõe a coordenação com o CSC.

Esta necessidade de coordenação entre os dois regimes, que advém do facto de as regras sobre responsabilidade dos administradores estarem tanto num como noutro código é, na opinião deste autor, desvantajosa, na medida em que, esta responsabilidade poderá ser discutida no processo insolvencial¹⁷¹. Como já referimos, o processo insolvencial é marcado pelo seu carácter urgente, célere, que se prende com o objetivo de ressarcir os credores o mais rapidamente possível. Acontece que, esta celeridade poderá pôr em causa a defesa dos administradores, num processo que provavelmente resultará na sua responsabilização pessoal pelas dívidas da sociedade. Assim, é possível retirarmos a conclusão de que, a urgência com que se desenrola todo o processo insolvencial não é compatível com a natureza dos problemas que se levantam no âmbito da responsabilização dos administradores¹⁷². Conseguimos compreender que o processo insolvencial tenha de se processar de forma urgente para que os credores sejam ressarcidos o mais rapidamente possível, pois, caso tal não aconteça, poderemos assistir a um grande número de insolvências, mas será que tal justifica que a defesa dos administradores seja quase esquecida por completo e que estes sejam punidos injustamente? Esta é uma questão de resposta muito difícil; estamos perante dois fatores de extrema importância: por um lado temos de assegurar que os credores são ressarcidos o mais rapidamente possível para que não se vejam eles próprios numa situação de insolvência e, por outro, temos de garantir que os administradores não são penalizados injustamente e que dispõe das garantias necessárias para que se consigam defender.

¹⁷⁰ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, pp. 152 e 153.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 153.

¹⁷² *Idem, ibidem*, p. 153.

3.2. Pressupostos da responsabilidade dos administradores no CSC

Estamos apenas no âmbito do CSC, pelo que, todos os pressupostos que abordamos neste subcapítulo serão fora do quadro da insolvência.

Antes de mais referir que, os administradores são responsáveis perante a sociedade (art. 72.º, CSC), perante os credores (art. 78.º, CSC) e perante os sócios e terceiros (art. 79.º, CSC).

3.2.1. Responsabilidade dos administradores perante a sociedade

O art. 72.º, CSC, regula a matéria da responsabilidade dos administradores perante a sociedade, sendo que estes respondem para com a mesma pelos danos que lhe causarem por atos e omissões que pratiquem com preterição dos deveres legais ou contratuais, a não ser que provem que procederam sem culpa. Isto significa que existe uma presunção de culpa dos administradores (art. 72.º, n.º 1, *in fine*, CSC), que beneficia a sociedade, ou quem proponha a ação em seu nome, pelo que caberá aos administradores provar que procederam sem culpa. Também no CIRE, no art. 82.º, n.º 3, alínea b), conseguimos verificar que a sociedade pode mesmo ser ressarcida pelos danos que os administradores lhe causem.

A responsabilidade perante a sociedade presente no art. 72.º, CSC tem então como pressupostos: ato ou omissão de violação de deveres legais ou contratuais, esse ato ou omissão tem de ser culposo, a sociedade tem de sofrer um dano e entre esse dano e o ato ou omissão tem de existir um nexo de causalidade.

A ação de responsabilização dos administradores perante a sociedade pode ser exercida de três formas: pela própria sociedade, pelos sócios ou pelos credores em representação da sociedade, agindo em seu nome, ou seja, podem ser os sócios ou os credores a pedir uma indemnização que será dada à sociedade.

A responsabilidade dos administradores perante a sociedade é obrigacional, convocando os arts. 798.º e ss., CC, isto porque entre os administradores e a sociedade se estabelece uma relação de obrigação. Assim, sendo esta uma responsabilidade obrigacional, é uma responsabilidade por violação de deveres obrigacionais, pelo que é essencial saber quais são os deveres dos administradores. Além do mais, quando a sociedade se encontre numa situação de insolvência, há que averiguar se o administrador a provocou ou agravou e, para tal, é necessário saber se este cumpriu os seus deveres.

3.2.1.1. Dever de gestão

O dever de gestão é um dever primário de prestação de serviços (1156.º e ss., CC)¹⁷³, por força do qual os administradores devem gerir bem a sociedade, tendo um dever de cuidado ao definir os seus destinos. É difícil saber o que administrador deve fazer em cada caso concreto, havendo uma grande margem de discricionariedade, pelo que se afigura necessário delimitar o dever de gestão.

Para proceder a essa delimitação há que começar por estabelecer que o dever de gestão deve ser encarado como uma prestação de meios e não de resultado¹⁷⁴, uma vez que, o sucesso empresarial não é o resultado exigido para que o dever de gestão se dê por cumprido. Desta forma, os administradores apenas são obrigados a atuar com o cuidado e diligência adequados e, se o fizerem, mas ainda assim não houver sucesso empresarial, não quer dizer que a empresa tenha sido mal gerida. Assim, não se poderá responsabilizar um administrador apenas porque a sua gestão não foi bem-sucedida e tal não será suficiente para que sobre este recaia uma obrigação de indemnizar ao abrigo do art. 64.º, CSC.

É preciso também esclarecer o conceito de diligência¹⁷⁵ presente no art. 64.º, n.º 1, alínea a), CSC. Este é uma transposição do critério do bom pai de família presente no CC para a administração de empresas¹⁷⁶. Exige-se ao administrador uma bitola de diligência do gestor criterioso e ordenado e do bom pai de família (art. 487.º, n.º 2, CC). Ambos os conceitos são indeterminados. O bom pai de família, de acordo com a tradição germânica, não é o cidadão comum, é a pessoa competente dentro do setor de atividade que está em causa, assim, a diligência exigida é a do tráfego profissional¹⁷⁷.

Existem três elementos para se proceder à correta concretização da diligência que se exige do administrador. Em relação aos administradores executivos que tenham pelouros específicos, exige-se profissionalismo nesse pelouro específico¹⁷⁸; em relação aos administradores não executivos, estes não têm de ter competência específica em relação a um pelouro, mas tem de ter as competências residuais mínimas de um não executivo. Assim, para os administradores não executivos, resulta da doutrina, que o

¹⁷³ Cfr. NUNES, Pedro Caetano, *Dever...*, p. 531.

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 504.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, pp. 506-508 e 541-546.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 541.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 544.

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 545.

profissionalismo engloba competências financeiras mínimas, conhecimentos jurídicos mínimos e compreensão mínima das unidades de negócio da empresa em causa¹⁷⁹; por fim, há que considerar a ideia de elevação subjetiva, pois, ainda que o administrador não tenha um pelouro específico, se tiver conhecimentos pessoais específicos sobre determinada matéria, tem de atuar com o zelo adequado em relação aos conhecimentos que tem¹⁸⁰. Assim, pode concluir-se em relação à diligência que, o facto de um administrador saber menos não é desculpa, pois, as exigências são sempre, pelo menos, as do tráfego profissional.

O conceito de interesse social¹⁸¹ presente no art. 64.º, n.º 1, alínea b) também desempenha um papel importante, na medida em que, é este que o administrador deve prosseguir. No entanto, torna-se difícil concretizar a conduta de um administrador com base na ideia de prosseguir o interesse social, existindo diferentes teorias¹⁸². De acordo com a monista, os administradores apenas devem prosseguir o interesse dos acionistas, preocupando-se apenas com a criação de valor para estes; para a pluralista, os administradores, não têm apenas de prosseguir o interesse dos acionistas, podem também prosseguir os interesses de outros sujeitos envolvidos nas empresas, como os credores, os trabalhadores e os clientes; por fim, para a institucionalista, os administradores devem prosseguir o interesse da empresa enquanto instituição e enquanto realidade sociológica mesmo contra o interesse dos sócios. A adoção de correntes pluralistas tem o efeito de desresponsabilização dos administradores, pois se estes podem prosseguir os interesses de outros sujeitos que não os sócios, serão menos responsáveis perante os últimos.

Há que ter em atenção que os administradores devem, em princípio, gerir a empresa de acordo com o seu objeto social¹⁸³, pelo que não o deverão ultrapassar e devem prosseguir-lo para que o dever de gestão se dê por cumprido. No entanto, em algumas situações permite-se que o objeto social seja ultrapassado, veja-se, por exemplo, o caso de aproveitamento de oportunidades de negócio societárias que extravasem o objeto social¹⁸⁴.

Impõe-se também sobre os administradores um dever de legalidade, isto é, um dever de observância da lei. PEDRO CAETANO NUNES considera que este não é um

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 546.

¹⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 546.

¹⁸¹ *Idem, ibidem*, pp. 508-513.

¹⁸² Sobre as diversas teorias, cfr. NUNES, Pedro Caetano, *Dever...*, pp. 510-513 e 551.

¹⁸³ *Idem, ibidem*, p. 547.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 548.

dever autónomo do dever de gestão¹⁸⁵, uma vez que, gerir bem uma sociedade passa por garantir que esta não infringe a lei.

O autor observa que existem alguns aspetos parcelares do dever de gestão: dever de adoção de risco empresarial, dever de obtenção de informação, dever de planificação, dever de organização e dever de vigilância¹⁸⁶.

Começando pelo dever de adoção de risco empresarial, os administradores não se devem inibir de o assumir, pois, uma gestão defensiva, a longo prazo, é má para a sociedade. Assim, PEDRO CAETANO NUNES considera que “Os administradores não só podem, como *devem* assumir opções empresariais arriscadas”¹⁸⁷. Parte da doutrina considera que existem limites, não se podendo adotar decisões empresariais que coloquem em risco a sobrevivência da empresa¹⁸⁸, devendo, portanto, existir um dever de minimização do risco empresarial. No entanto, a medida da adoção do risco empresarial depende de caso para caso. Se estivermos perante uma *start-up*, só assumindo grandes riscos é que se consegue que a empresa cresça exponencialmente¹⁸⁹, já no caso dos bancos, por exemplo, é claro que este risco deve ser limitado¹⁹⁰.

No que diz respeito ao dever de obtenção de informação, os administradores estão vinculados a atuar com base em informações adequadas, devem obtê-las ao longo do percurso decisório, portanto, o que se exige é que estes atuem de forma informada¹⁹¹.

Em relação ao dever de planificação¹⁹² não há muitas considerações a fazer, apenas referir que os administradores têm de planificar minimamente, pois qualquer empresa necessita de um plano empresarial.

Cabe também aos administradores organizar corretamente a empresa, distribuindo tarefas e competências¹⁹³.

Por último, têm de existir mecanismos de vigilância¹⁹⁴, pois não são os administradores que desempenham todas as tarefas dentro da empresa. A este propósito tem de se distinguir entre vigilância vertical e horizontal (controlo político). A vertical consiste na vigilância dos administradores executivos sobre os outros patamares da

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 560.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 565.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 566.

¹⁸⁸ Cfr. COSTA, Ricardo, “Responsabilidade...”, p. 84.

¹⁸⁹ Cfr. NUNES, Pedro Caetano, *Dever...*, p. 571.

¹⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 567.

¹⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 568.

¹⁹² Sobre este tema cfr. NUNES, Pedro Caetano, *Dever...*, p. 572.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 572.

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*, pp. 573 e 574.

empresa. A horizontal é a vigilância dos administradores face aos outros administradores. Esta vigilância entre administradores abrange os não executivos a controlar os executivos e também os executivos a controlarem-se entre si.

É também importante distinguir entre vigilância pontual e sistémica. A pontual tem que ver com o tipo de reação a circunstâncias esporádicas, existindo um dever de intervenção, isto é, quando o administrador verificar que existe um problema, tem de reagir pontualmente a esse mesmo problema. A sistémica existe mesmo que não haja nada de errado, implicando a criação de sistemas de vigilância com estratificação empresarial, isto significa que os administradores não podem estar à espera que os problemas surjam pontualmente, têm de exigir estes fluxos de informação regularmente¹⁹⁵.

3.2.1.1.1. Regras sobre a isenção de responsabilidade dos administradores perante a sociedade

Quando os administradores não cumprirem o dever de gestão serão responsabilizados. No entanto, está consagrada no ordenamento jurídico português a *business judgement rule*¹⁹⁶, de inspiração norte-americana. No nosso sistema, esta regra obriga os administradores a atuar com a máxima diligência, mas em contexto de responsabilidade, ainda que haja violação do dever, há uma exclusão da responsabilidade verificados determinados pressupostos. A responsabilidade dos administradores é excluída quando estes provem que atuaram em termos informados, livres de qualquer interesse pessoal, dando cumprimento ao dever de lealdade, e tendo em conta critérios de racionalidade empresarial, o que não significa que a decisão empresarial tenha de ser adequada e absolutamente racional, apenas significa que não deve ser absolutamente irracional¹⁹⁷. A doutrina acrescenta que esta regra não funciona em contexto de vigilância¹⁹⁸, pois quando se vigia não se tomam decisões e também não funciona em relação a deveres específicos¹⁹⁹ ou, em rigor, a deveres que sejam vinculados e não discricionários.

A finalidade desta regra é, portanto, proteger a liberdade ou discricionariedade

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 515.

¹⁹⁶ Sobre o tema da *business judgement rule* veja-se SILVA, João Soares, “Responsabilidade...”, pp. 624 e ss. e NUNES, Pedro Caetano, *Responsabilidade...*, pp. 23 e ss.

¹⁹⁷ Cfr. NUNES, Pedro Caetano, *Dever...*, p. 585.

¹⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 525.

¹⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 590.

empresarial bem como o risco empresarial, para que os administradores não se sintam inibidos de o adotar. Temos de ter sempre presente que a gestão de uma sociedade comercial envolve riscos e, portanto, quando desempenha as suas funções, o administrador tem necessidade de adoção de risco empresarial, pois só assim conseguirá tornar a empresa competitiva. Deste modo, o administrador encontra-se confrontado com duas funções que chocam entre si: por um lado, tem de preservar o património social, mas, por outro, tem de desenvolver a empresa.

Quando o administrador não tenha incumprido os seus deveres, a insolvência não lhe poderá ser imputada, pelo que, este apenas será responsável pela mesma quando esta tiver sido originada ou agravada pela tomada de uma opção de gestão evidentemente irracional ou cujo processo decisório não tenha sido o adequado, o que significa que a diligência de um administrador é medida tendo em conta o processo decisório e não a decisão em si mesma, a não ser que esta seja, como referido, evidentemente irracional.

Além do art. 72.º, n.º 2, CSC, encontramos outras situações em que os administradores não serão responsáveis.

O n.º 3 do mesmo art. dispõe que não são responsáveis, pelos danos que resultem de uma deliberação colegial, os administradores que não participaram ou votaram vencidos na mesma. No entanto, o administrador que não exerceu o seu direito de oposição, estando em condições de o fazer, responde solidariamente pelos atos a que deveria ter-se oposto (n.º 4).

Se o ato ou omissão a que se refere o n.º 1 assentar numa deliberação dos sócios, os administradores não são responsáveis perante a sociedade, mesmo que essa deliberação seja anulável (n.º 5)²⁰⁰, o que significa que se a deliberação for nula os administradores já irão ser responsabilizados.

Por fim, o n.º 6 esclarece que, quando as sociedades tenham órgão de fiscalização e este emitir um parecer favorável ou der consentimento, os administradores continuam a ser responsáveis.

²⁰⁰ O art. 24.º, n.º 3, CVM impede que a responsabilidade dos administradores seja afastada pelo art. 72.º, n.º 5, CSC, em certas circunstâncias, quando estamos perante uma sociedade aberta.

3.2.1.2. Dever de lealdade

Este dever está previsto no art. 64.º, n.º 1, alínea b), CSC²⁰¹. A lealdade é um conceito jurídico indeterminado, significando isto que a lei deixa a juízo a concretização do que é desleal, uma vez que, o legislador não consegue antecipar todos os tipos de deslealdade que um administrador pode praticar, cabendo aos juízes fazer esta concretização em cada caso concreto. Deste modo, torna-se necessário analisar as decisões jurisprudenciais e também a doutrina para encontrar as manifestações de deslealdade que têm vindo a ocorrer.

Existem igualmente exemplos de manifestações do dever de lealdade na lei: proibição de concorrência e celebração de negócios que sejam prejudiciais para a sociedade, como é o caso do chamado “negócio consigo mesmo”.

Relativamente à proibição de concorrência, prevista nos arts. 254.º, 398.º, n.º 3 e 428.º, CSC, devemos entender que esta se aplica apenas aos administradores executivos, uma vez que, os não executivos, por vezes, podem até trabalhar noutras empresa, no entanto, parece-nos que o legislador português não tomou esta situação em consideração, dado que, estabeleceu a proibição quer para os administradores executivos, quer para os não executivos e ainda para os membros do conselho fiscal e de supervisão. Dos arts. 254.º, n.º 1 e 398.º, n.º 3, CSC resulta que o exercício de uma atividade concorrente pode ser autorizado pelos sócios, o que redundaria no afastamento da ilicitude desta conduta.

A proibição de celebração de negócios que sejam prejudiciais para a sociedade vem prevista no art. 397.º, n.º 1 e n.º 2, CSC. Nestes negócios adquire particular relevância o negócio consigo mesmo que deve ser considerado inválido e pode dar lugar a responsabilização dos administradores que o celebrem, uma vez que, consubstancia uma manifestação de deslealdade. Além de estar prevista no CSC, para as sociedades anónimas, esta proibição encontra também uma norma no CC, no art. 261.º que devemos aplicar aos restantes tipos de sociedades.

Se houver prova sobre o dano resultante deste negócio consigo mesmo, além de se invalidar o negócio, também se responsabiliza o administrador que o celebrou através do art. 64.º, n.º 1, alínea b), CSC e do art. 72.º, n.º 2, CSC. Se não se conseguir provar o

²⁰¹ PEDRO CAETANO NUNES considera que o dever de lealdade dos administradores tem uma intensidade particular, de natureza fiduciária, sendo que a sua delimitação não é aferida em abstrato, mas sim tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, através de valorações éticas e de ponderação de valores e argumentos feitas pelo juiz, cfr. NUNES, Pedro Caetano, “Jurisprudência...”, p. 189.

dano o negócio será apenas invalidado através do art. 397.º, n.º 2, CSC ou do art. 261.º, CC.

Este regime pretende proteger o representado do perigo de uma atuação do representante em conflito de interesses, ou seja, no caso das sociedades comerciais, pretende proteger a sociedade contra o perigo de atuação dos seus administradores em conflito de interesses.

As manifestações que não constam da lei são inúmeras e podem sempre surgir outras, pelo que, este elenco não será fechado. A jurisprudência e a doutrina têm apontado como manifestações de deslealdade a proibição de apropriação de informação societária, a proibição de apropriação de oportunidades de negócio societárias, a proibição de apropriação de património societário, a proibição de obtenção de vantagens patrimoniais indevidas e a deslealdade na fixação de remuneração.

A utilização pelo administrador, em conflito de interesses, de informação societária que não seja acessível ao público constitui uma violação do dever de lealdade. São vários os exemplos desta modalidade de deslealdade apontados pela jurisprudência, entre eles: a utilização de contactos comerciais de clientes para desvio de clientela²⁰²; a utilização de contactos de trabalhadores da empresa para os desviar para outras empresas²⁰³; e a utilização da lista de preços da sociedade²⁰⁴.

Relativamente à proibição de apropriação de oportunidades de negócio societárias, PEDRO CAETANOS NUNES aponta quatro modalidades de violação desta proibição por parte dos administradores²⁰⁵: prática de um ato isolado de concorrência, a celebração de um negócio que traria ganhos sinérgicos importantes para a sociedade, a celebração de um negócio do qual o administrador teve conhecimento por força do seu exercício de funções e a celebração de um negócio no qual o administrador se serviu de informação, património ou trabalhadores da sociedade.

A consequência jurídica frequente do desrespeito por esta faceta do dever de lealdade é a indemnização pelos lucros cessantes da sociedade²⁰⁶⁻²⁰⁷. Note-se que esta

²⁰² Cfr., a título de exemplo, o Ac. do STJ, de 31.03.2011 (Serra Batista), relativo à utilização de contactos de clientes na atividade de transportes e mudanças.

²⁰³ Cfr., por exemplo, o Ac. do Tribunal da Relação de Évora, de 18.12.2007 (Pires Robalo).

²⁰⁴ Cfr., como exemplo, o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 30.11.2004 (Alziro Cardoso).

²⁰⁵ Cfr. NUNES, Pedro Caetano, “Jurisprudência...”, p. 215.

²⁰⁶ A este respeito, cfr., como exemplo, o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 30.11.2004 (Alziro Cardoso).

²⁰⁷ Cfr., por exemplo, FRADA, Manuel A. Carneiro, “Sobre a obrigação...”, pp. 356-358.

consequência convoca o confronto entre os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa.

A proibição de apropriação de património societário consiste na obrigação de o administrador não poder, por exemplo, retirar dinheiro de caixa ou apropriar-se de dinheiro entregue pelos clientes²⁰⁸, utilizar cartões de crédito da empresa para pagar despesas que não sejam de representação²⁰⁹ e utilizar pessoal ou património da sociedade no seu interesse²¹⁰.

Relativamente à proibição de obtenção de vantagens patrimoniais indevidas censura-se, nomeadamente, o recebimento de luvas, comissões e gratificações por parte dos administradores²¹¹. A doutrina sugere como consequência para esta prática a sanção prevista no art. 1161º, alínea e), CC²¹².

Em relação à deslealdade na obtenção de remuneração, considera-se desleal, por exemplo, o administrador aumentar unilateralmente a sua remuneração²¹³, isto é, fixando remunerações a si próprio²¹⁴.

Este dever de lealdade é muito importante em contexto de insolvência, uma vez que, a maioria das situações que o legislador considera como insolvência culposa no art. 186.º, CIRE são reconduzíveis a incumprimentos do dever de lealdade.

3.2.2. Responsabilidade dos administradores perante os credores sociais

A responsabilidade dos administradores para com os credores sociais vem regulada no art. 78.º, CSC, por força do qual, os primeiros são responsáveis perante os segundos, quando o património social se tornar insuficiente para a satisfação dos créditos, pela razão de os administradores não terem observado, culposamente, as disposições legais ou contratuais que protegem os credores.

A responsabilidade perante os credores é extraobligacional ou delitual, uma vez que não surge de um contrato nem de um vínculo obrigacional. Os credores da sociedade

²⁰⁸ Cfr., a título de exemplo, o Ac. do STJ, de 13.03.2003 (Luís Fonseca).

²⁰⁹ Cfr., como exemplo, o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 08.01.2008 (Carlos Moreira), que se refere a pagamentos por parte do administrador ao jardineiro da sua residência pessoal, pagamentos de viagens e do casamento da filha.

²¹⁰ Cfr., por exemplo, o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 30.11.2004 (Alziro Cardoso), que se refere à utilização do veículo da empresa por parte do administrador depois de ter renunciado ao cargo.

²¹¹ Considerando que estas são situações de “abuso do estatuto ou da posição de administrador”, cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade civil...*, pp. 26 e 34.

²¹² *Idem*, *ibidem*, p. 34.

²¹³ Cfr. o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 17.03.2005 (Oliveira Vasconcelos).

²¹⁴ Cfr. CÂMARA, Paulo, *Conflito...*, pp. 39 e 63.

podem ter relações contratuais com a sociedade, portanto, é perante esta que existem obrigações. No entanto, em relação aos administradores não se estabelecem vínculos obrigacionais.

Esta responsabilidade dos administradores surge por violação de normas de proteção, o que significa que a ofensa patrimonial tem de implicar a violação de normas legais ou contratuais destinadas a proteger interesses alheios e tem de provocar diminuição do património social, o que provocará um descontentamento dos credores. Esta norma é de difícil aplicação, uma vez que, estes requisitos têm de se encontrar todos satisfeitos. Neste sentido, levanta-se a questão de saber se se poderá aplicar diretamente o art. 483.º, CC.

Além do mais, se o que está em causa é a violação de normas estabelecidas para proteger credores sociais, há que saber que normas são essas. Aquelas que têm a função de garantia do capital social podem ser consideradas normas de proteção de credores²¹⁵, pois impedem que se distribuam bens aos sócios, conservando-se esses mesmos bens na sociedade, o que terá um efeito de proteção de credores. No CSC existem vários exemplos de normas deste tipo, como é o caso, por exemplo, do art. 27.º, que obriga os sócios a cumprirem a obrigação de entrada, tal como estipulada, do art. 32.º, que estabelece limites de distribuição de bens aos sócios e dos arts. 218.º e 295.º que impõem a existência de reserva legal.

Resumindo, a responsabilidade perante os credores presente no art. 78.º, CSC apresenta como pressupostos: ato ou omissão de violação de disposições legais ou contratuais cujo objetivo é a proteção dos credores, esse ato ou omissão tem de ser culposos, insuficiência patrimonial da sociedade para satisfazer o interesse dos credores, existência de nexo causal entre esta insuficiência patrimonial e o ato ou omissão e, por fim, existência de danos provocados nos credores. Relativamente ao art. 72.º, CSC, o art. 78.º, CSC, apresenta um requisito adicional: a insuficiência patrimonial. Esta adição faz todo o sentido, uma vez que, enquanto a sociedade conseguir satisfazer o direito de crédito dos credores, estes não sofrem nenhum dano²¹⁶.

²¹⁵ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete “A Insolvência...”, pp. 11 e 12.

²¹⁶ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, p. 156.

3.2.2.1. Regras sobre a isenção de responsabilidade dos administradores perante os credores sociais

Os administradores não respondem perante os credores sociais, por força do art. 78.º, n.º 5, CSC, que remete para o art. 72.º, n.º 2 a n.º 6, CSC quando: tiverem atuado de forma informada, livre de qualquer interesse pessoal e conforme os critérios de racionalidade empresarial (art. 72.º, n.º 2, CSC); não tiverem participado ou tiverem votado vencido na deliberação que provocou os danos (art. 72.º, n.º 3, CSC), no entanto, se a sua não participação for culposa, já haverá lugar a responsabilização (art. 72.º, n.º 4, CSC); o ato praticado assentar em deliberação dos sócios, a não ser que esta seja nula (art. 72.º, n.º 5, CSC).

3.2.3. Responsabilidade dos administradores perante os sócios e terceiros

Esta matéria é regulada pelo art. 79.º, CSC, que dispõe no n.º 1 que os administradores “respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que diretamente lhes causarem no exercício das suas funções”.

Com a expressão “termos gerais”, o legislador quer remeter para o regime do CC, em especial para os arts. 483.º e ss.²¹⁷, o que significa que os administradores serão responsáveis em duas situações: quando ofenderem direitos absolutos; quando violarem normas de proteção destinadas a proteger interesses alheios, neste caso, normas que protejam o interesse dos sócios ou de terceiros.

Exige ainda o art. 79.º, n.º 1, CSC que os danos têm de ser causados “diretamente” aos sócios ou terceiros e que os administradores tenham de estar no exercício das suas funções, ou seja, tem de existir um nexo direito entre o dano sofrido pelos sócios ou terceiros e a conduta dos administradores. Destarte, a responsabilidade dos administradores perante os sócios ou terceiros não pode ser reflexa, tem de existir um dano direto na esfera patrimonial dos sócios ou de terceiros, o que significa que os administradores não responderão perante sócios ou terceiros quando o dano por estes sofrido seja o reflexo das perdas que os administradores provocaram no património da sociedade²¹⁸.

Há quem classifique esta responsabilidade como responsabilidade extracontratual

²¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 157.

²¹⁸ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete, “A Insolvência...”, p. 14.

ou delitual, no entanto, este ponto é controverso, havendo quem a classifique como contratual ou até mesmo como sendo de outra natureza²¹⁹.

3.2.3.1. Regras sobre a isenção de responsabilidade dos administradores perante os sócios e terceiros

O art. 79.º, n.º 2, CSC remete para o art. 72.º, n.º 2 a 6, CSC, pelo que os administradores não respondem perante sócios e terceiros, quando: tiverem atuado de forma informada, livre de qualquer interesse pessoal e conforme os critérios de racionalidade empresarial (art. 72.º, n.º 2, CSC); não tiverem participado ou tiverem votado vencido na deliberação que provocou os danos (art. 72.º, n.º 3, CSC), no entanto, se a sua não participação for culposa, já haverá lugar a responsabilização (art. 72.º, n.º 4, CSC); o ato praticado assentar em deliberação dos sócios, a não ser que esta seja nula (art. 72.º, n.º 5, CSC).

3.2.4. Regime da obrigação de indemnizar dos administradores no CSC

O regime da obrigação de indemnizar que recai sobre os administradores é comum na responsabilidade perante a sociedade, na responsabilidade perante os credores, por força do art. 78.º, n.º 5, CSC, e na responsabilidade perante sócios e terceiros, por força do art. 79.º, n.º 2, CSC. Este regime apresenta as seguintes características: solidariedade (art. 73.º, n.º 1, CSC), direito de regresso na medida das culpas (art. 73.º, n.º 2, CSC) e presunção de igualdade de culpas (art. 73.º, n.º 2, CSC).

3.3. Pressupostos da responsabilidade dos administradores para com os credores no quadro de insolvência

De acordo com o art. 189.º, CIRE, os pressupostos da responsabilidade dos administradores para com os credores, no âmbito da insolvência, são os seguintes: declaração da insolvência da sociedade; qualificação da insolvência como culposa;

²¹⁹ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade civil...*, pp. 89 e 90.

qualificação dos administradores como pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa²²⁰.

Aplicando-se o CIRE, os credores deixam de ter a possibilidade de responsabilizar os administradores fora do processo de insolvência²²¹.

Os critérios para a qualificação da insolvência como culposa estão presentes no art. 186.º, n.º 1 a n.º 3, CIRE e já foram exaustivamente por nós abordados no Capítulo II, pelo que, agora iremos limitar-nos a expor em que medida é que nesta matéria existe a necessidade de compatibilizar o regime do CSC com o regime do CIRE.

3.4. Relevância da qualificação da insolvência como culposa

A qualificação da insolvência como culposa é de extrema relevância devido aos efeitos que se produzem quando esta é assim qualificada, efeitos esses que estão previstos no art. 189.º, n.º 2, CIRE.

Destes efeitos, aquele que encontra um maior número de incompatibilidades com o CSC é o da alínea e).

A expressão “montante dos créditos satisfeitos”, referida na alínea e), não vai nem ao encontro das regras gerais da responsabilidade civil no que diz respeito ao apuramento do prejuízo indemnizável, nem ao encontro do art. 78.º, CSC²²². Do último regime referido não resulta a obrigação de os administradores indemnizarem todos os créditos não satisfeitos²²³.

ADELAIDE MENEZES LEITÃO considera que o art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE prescinde dos requisitos que se apresentam no art. 78.º, n.º 1, CSC²²⁴. O que este preceito do CSC exige é que estejamos numa situação em que os administradores devam responder perante os credores pela razão de, ao não terem observado as disposições que protegem os últimos, o património social se ter tornado insuficiente para a satisfação dos créditos. Quando o que esteja em causa seja o art. 189.º, n.º 2, alínea e), não será necessário que se encontre uma disposição legal, nem contratual, que proteja os credores sociais, nem tão pouco que seja a violação de uma dessas disposições que tenha sido a causa da insuficiência patrimonial, bastando, portanto, que a insolvência tenha sido qualificada

²²⁰ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, p. 159.

²²¹ *Idem, ibidem*, p. 159.

²²² *Idem, ibidem*, p. 164.

²²³ *Idem, ibidem*, p. 164.

²²⁴ Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes, “Insolvência...”, p. 280.

como culposa²²⁵. Deste modo, será mais fácil para os credores no processo de insolvência recorrerem ao art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE, ainda que tal não impeça que haja também responsabilização dos administradores perante os credores ao abrigo do art. 78.º, CSC, mas terá de ser o administrador da insolvência a propor e fazer seguir a ação, conforme disposto no art. 82.º, n.º 3, alínea b), CIRE.

No entanto, se não estivermos perante uma pessoa que tenha sido afetada pela qualificação da insolvência como culposa já não poderemos aplicar o art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE, pelo que se torna necessário recorrer ao referido art. 78.º, CSC para que se consiga responsabilizar os administradores.

Assim temos que o papel do direito societário continua a ser de extrema importância e tem até algumas vantagens face ao direito insolvencial, veja-se, por exemplo, o facto de a responsabilidade societária apenas prescrever no prazo de cinco anos²²⁶ contados do termo da atuação ilícita e danosa ou do momento do seu conhecimento²²⁷, ao passo que ao abrigo do CIRE apenas podem ser responsabilizados os administradores que atuaram nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência²²⁸. Outra situação que pode exemplificar ser mais benéfico recorrer ao direito societário será o caso em que o administrador atuou com culpa leve e não com culpa grave ou dolo, como é exigível no âmbito insolvencial, mas que se pretenda de igual modo produzir este efeito de indemnização dos credores no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças do respetivo património, o que só seria possível no processo de insolvência se esta fosse qualificada como culposa, o que não poderá ter ocorrido, pois a culpa foi leve. Por último, no âmbito do direito insolvencial a indemnização tem como limite o montante dos créditos não satisfeitos e, se o prejuízo dos credores for superior a este limite, estes podem recorrer às regras do CSC para tentarem ser ressarcidos na totalidade dos prejuízos que tiveram.

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO considera que, não obstante estas situações em que o recurso ao direito societário é mais benéfico do que o recurso ao direito insolvencial, continuam a existir vantagens na previsão de uma responsabilidade insolvencial²²⁹, na medida em que, a prova dos pressupostos da responsabilidade civil é

²²⁵ *Idem, ibidem*, p. 280.

²²⁶ Podendo este prazo ainda ser alargado se o facto ilícito do qual resulta o dever de indemnizar for considerado um crime para o qual a lei determine um prazo de prescrição superior (art. 174.º, n.º 5, CSC).

²²⁷ Cfr. art. 174.º, CSC.

²²⁸ Cfr. art. 186.º, n.º 1, CIRE.

²²⁹ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 143.

facilitada, bem como se torna mais fácil a prova dos danos indemnizáveis. Apesar de admitirmos esta facilitação trazida pelo direito insolvencial não concordamos com esta autora ou pelo menos não o fazemos enquanto o regime continuar a ser baseado em más presunções de insolvência culposa que podem resultar em condenações injustas atribuídas aos administradores das sociedades insolventes.

Este efeito da alínea e) pode agravar demasiado a situação dos administradores relativamente à sua responsabilidade para com os credores o que poderá não se justificar, uma vez que, no processo de insolvência não são tidas em conta muitas questões relevantes e, como já referimos, as normas que qualificam a insolvência como culposa podem causar situações geradoras de injustiças, pois muitas vezes presumem a culpa do administrador na insolvência ou a sua culpa grave, quando pode não existir razão para tal. Assim, não concordamos que seja correto aplicar este efeito ao administrador “afetado” pela qualificação da insolvência como culposa, pelo facto de o incidente de qualificação da insolvência estar tão mal construído, ao ponto, de qualificar a culpa de um administrador com base numa conduta que pode não ter contribuído em nada para a situação de insolvência.

Posto isto, uma vez que o regime do CIRE é tão confuso e pode traduzir-se em soluções tão injustificadas e tão injustas, não seria mais sensato ficarmo-nos apenas pelo regime do CSC?

3.5. Semelhanças e diferenças entre os pressupostos da responsabilidade dos administradores para com os credores consoante a mesma se dê fora do quadro da insolvência ou no quadro dela

Comecemos pelas semelhanças que se verificam ao nível da responsabilidade dos administradores para com os credores no quadro da insolvência e fora dele:

- Tem que se verificar obrigatoriamente uma insuficiência patrimonial da sociedade;
- Os credores têm de sofrer danos;
- Tem de existir atuação ilícita.

As principais diferenças entre os dois regimes são as seguintes:

- No âmbito da insolvência, a obrigação de indemnizar apenas pode decorrer de uma atuação sucedida nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência, tal como estabelece o art. 186.º, n.º 1, CIRE; já no âmbito societário, a obrigação de

indemnizar só prescreve no prazo de cinco anos contados do termo da atuação ilícita e danosa ou do momento do seu conhecimento, por força do art. 174.º, n.º 2 CSC.

- No âmbito da insolvência, a obrigação de indemnizar apenas abrange os créditos não satisfeitos, de acordo com o art. 189.º, n.º 2, alínea e); já no âmbito societário, a obrigação de indemnizar recai sobre os prejuízos que os credores sofreram, que podem ser superiores ou inferiores ao valor dos créditos;

- No regime insolvencial temos presunções de insolvência culposa e de culpa, no art. 186.º, n.º 2 e n.º 3, CIRE, não tendo este regime qualquer correspondência no âmbito societário;

- O regime insolvencial basta-se com um nexo de causalidade presumido, que poderá ser potencial, na medida em que, muitas vezes não há qualquer nexo de causalidade entre a conduta referida no art. 186.º, n.º 2 e n.º 3, CIRE (que leva à aplicação do art. 189.º, nomeadamente do n.º 2, alínea e), CIRE) e a origem ou o agravamento da insolvência, ao passo que no âmbito societário se exige um nexo de causal real, de acordo com o estabelecido no art. 78.º, n.º 1, CSC;

- Ao nível da culpa, o regime insolvencial exige que exista dolo ou culpa grave (art. 186.º, n.º 1, CIRE), já o regime do CSC basta-se com a mera culpa ou até com a negligência (art. 78.º, n.º 1, CSC). Esta será uma razão a favor do nosso argumento de que é mais benéfico recorrer ao CSC do que ao CIRE, pois o regime do CSC, neste ponto, até facilita a responsabilização dos administradores, que é aquilo que a maioria da doutrina apregoa como essencial.

3.6. A legitimidade para responsabilizar os administradores para com a sociedade e para com os credores no quadro da insolvência

O art. 78.º, n.º 4, CSC determina que em caso de falência, os direitos dos credores podem ser exercidos pela administração da massa falida, durante o processo de falência. No entanto, o art. 82.º, n.º 3, estabelece que é o administrador da insolvência que tem legitimidade exclusiva para propor e fazer seguir as ações a que fazem referência as alíneas a) e b) do mesmo art. Deve assim, considerar-se que o art. 78.º, n.º 4, CSC está derogado²³⁰.

²³⁰ É este o entendimento de RUI PINTO DUARTE, ADELAIDE MENZES LEITÃO e COUTINHO DE ABREU, cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, p. 171, LEITÃO, Adelaide Menezes, “Insolvência...”, p. 281 e ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Direito...”, p. 184.

A solução adotada pelo CIRE é compreensível, na medida em que favorece a simplificação, a concentração e a economia processual e garante que todos os credores fiquem com o seu crédito satisfeito, em igual medida, e não apenas alguns deles, em detrimento dos outros, o que assegura o cumprimento do princípio da igualdade dos credores e da sua satisfação proporcional²³¹.

3.7. Coordenação do regime do art. 72.º, n.º 2, CSC com o art. 186.º, n.º 1, CIRE

O art. 72.º, n.º 2, CSC, que consagra a *business judgment rule*, exclui todos os tipos de culpa, até a grave, desde que o administrador prove que “actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”²³², o que não ocorre no art. 186.º, n.º 1, CIRE²³³. Neste sentido, não estaremos perante uma incompatibilidade entre o art. 72.º, n.º 2, CSC – que afasta toda a culpa – e art. 186.º, n.º 1, CIRE – que apenas afasta a culpa leve e a levíssima?

Para que se consiga compatibilizar os dois arts. não será necessário que o juiz, ao aplicar o art. 186.º, n.º 1, CIRE tenha em conta o art. 72.º, n.º 2, CSC, afastando, portanto, a culpa grave do administrador que demonstrar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial?

RUI ESTRELA DE OLIVEIRA aceita que o administrador se possa defender através do preenchimento dos pressupostos no n.º 2 do art. 72.º, CSC, no âmbito de um processo de insolvência, mas apenas quando esteja em causa a violação do dever de gestão/cuidado²³⁴, uma vez que este é o único dever ao qual a *business judgment rule* é aplicável. O autor defende esta interpretação na medida em que vigora no nosso ordenamento jurídico o princípio da uniformidade e coerência de julgados, pelo que, o administrador não pode ver a sua culpa afastada num processo, porque se defendeu através do art. 72.º, n.º 2, CSC, e depois ver a insolvência qualificada como culposa noutro processo²³⁵.

²³¹ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Direito...”, pp. 183 e 184.

²³² Cfr. art. 72.º, n.º 2, CSC.

²³³ Cfr. OLIVEIRA, Rui Estrela de, “Uma Brevíssima...”, p. 971.

²³⁴ *Idem, ibidem*, p. 972.

²³⁵ *Idem, ibidem*, p. 972.

3.8. Coordenação do regime do art. 78.º, n.º 1, CSC com o art. 3.º, n.º 1, CIRE

O art. 78.º, n.º 1 convoca o conceito de insuficiência patrimonial que, é definido como a insuficiência patrimonial do ativo para satisfazer o passivo social²³⁶. Há que compreender se há necessidade de distinguir entre o conceito de insolvência presente no art. 3.º, n.º 1, CIRE e o requisito da insuficiência patrimonial do art. 78.º, n.º 1, CSC. A doutrina aponta nos dois sentidos, havendo quem considere que são conceitos equivalentes²³⁷.

A insolvência é definida pelo art. 3.º, n.º 1, CIRE como sendo a situação em que o devedor “se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”. Assim, ELISABETE RAMOS, considera que podem existir zonas de sobreposição em que a insolvência é provocada pela insuficiência patrimonial, pelos que os dois conceitos coincidem, mas há casos em que se pode fazer uma distinção entre os mesmos, pois o devedor pode, num determinado momento, não conseguir pagar aos credores, mas ter no seu património um valor superior àquele que deve, como ocorre no caso de falta de liquidez²³⁸.

Em relação a este aspeto, existe uma incompatibilidade entre o art. 78.º, CSC e o art. 3.º, CIRE²³⁹. Na medida em que, no CSC apenas encontramos referida a insuficiência patrimonial para que os administradores sejam responsáveis perante os credores, ou seja, para que se responsabilize os administradores é necessário que a sua conduta tenha causado uma insuficiência patrimonial, o que é compatível com o art. 3.º, n.º 2, CIRE, mas não com o n.º 1 do mesmo art. Tal situação traduz-se num problema, pois, segundo o 78.º, CSC, a imputação do dano não corresponde totalmente à insolvência, tal como esta é apresentada no art. 3º, CIRE que estabelece que a sociedade se encontra em situação de insolvência também quando há impossibilidade de cumprir obrigações vencidas²⁴⁰.

Isto significa que, se a sociedade estiver insolvente devido ao facto de o seu passivo ser superior ao seu ativo, querendo isto dizer que estamos perante uma situação de insuficiência patrimonial, a aplicação do art. 78.º, CSC é sempre possível e não causa quaisquer problemas. Já se a sociedade estiver insolvente por não conseguir cumprir

²³⁶ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete, *Responsabilidade...*, pp. 228 e ss.

²³⁷ Cfr. CORREIA, M. Pupo, “Sobre a responsabilidade...”, p. 685 e ALMEIDA, A. Pereira, *Sociedades comerciais*, p. 175.

²³⁸ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete, “A Insolvência...”, p. 12.

²³⁹ Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, p. 675.

²⁴⁰ Cfr. art. 3.º, n.º 1, CIRE.

pontualmente as suas obrigações vencidas, a aplicação deste art. parece não ser possível, sugerindo a sua leitura que os administradores não respondem para com os credores pelos danos que lhes causarem, desde que o património social seja suficiente para a satisfação dos seus créditos.

Deste modo, quando estamos numa situação de impossibilidade de cumprir obrigações vencidas, parece que não poderemos recorrer ao art. 78.º, CSC para responsabilizar os administradores.

CARNEIRO DA FRADA sugere que se recorra então ao art. 483.º, n.º 1, CC²⁴¹ que estabelece que “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”, considerando para tal que algumas normas do CIRE se destinam a proteger interesses dos credores. O autor considera ainda a hipótese de se aplicar o art. 79.º, CSC, no entanto, chega à conclusão de que o recurso a este art. é muito limitado, “dado que a imputação de danos por mera negligência dependerá ordinariamente da possibilidade de afirmar, perante o caso concreto, a existência de deveres especiais do administrador perante o terceiro”²⁴².

PINTO OLIVEIRA não concorda com a solução de aplicação do art. 483.º, n.º 1, CC apresentada por CARNEIRO DA FRADA e sugere que se aplique o art. 78.º, CSC através de uma interpretação extensiva²⁴³. Considera que a aplicação extensiva deste art. aos casos em que a sociedade se encontra impossibilitada de cumprir, pontualmente, as suas obrigações vencidas é possível na medida em que esta impossibilidade poderá fazer com que os interesses dos credores não sejam satisfeitos, o que lhes poderá provocar danos indiretos. Destarte, o art. 78.º, CSC deve aplicar-se por interpretação extensiva quando a diminuição do património do credor resulte da diminuição da aptidão da sociedade para cumprir, pontualmente, as suas obrigações vencidas, o que significa que o requisito da insuficiência patrimonial presente no art. 78.º, n.º 1, CSC não deve impedir a aplicação deste art. aos casos de insolvência resultantes da impossibilidade de a sociedade proceder ao cumprimento pontual das suas obrigações²⁴⁴.

²⁴¹ Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, p. 675.

²⁴² *Idem, ibidem*, p. 675.

²⁴³ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, p. 221.

²⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 222 e nota 100 na mesma p.

3.9. Algumas conclusões

O problema da coordenação entre o CIRE e o CSC apenas ocorre quando estejamos perante ações de responsabilidade perante a sociedade e perante os credores, uma vez que, o CIRE não trata da questão da responsabilidade para com os sócios e terceiros, presente no art. 79.º, CSC.

O regime do art. 78.º, CSC, por ser mais abrangente, pode servir melhor os interesses dos credores, o que julgamos ser mais um argumento a favor da utilização do CSC e não das regras do CIRE que dizem respeito à responsabilização dos administradores, por as primeiras poderem ser mais eficientes, que é o que se pretende, e resultarem, com menos probabilidade, em condenações injustas.

Cap. IV – Dever de apresentação à insolvência

4.1. Considerações gerais

É dever do devedor requerer a sua declaração de insolvência no prazo de 30 dias contados desde a data em que teve conhecimento ou deveria ter tido conhecimento da sua situação de insolvência, definida como impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas (art. 3.º, n.º 1, CIRE), tal como estabelecido pelo n.º 1 do art. 18.º, CIRE²⁴⁵. Se o devedor não for uma pessoa singular capaz, este dever fica a cargo do órgão social que detém a sua administração ou, se não existir esse órgão social, de qualquer um dos seus administradores, por força do art. 19.º, CIRE.

Sendo o devedor titular de uma empresa, este conhecimento é presumido de forma inilidível, passados três meses do incumprimento generalizado das suas obrigações tributárias, de contribuições para a segurança social, laborais ou de rendas, prestações e juros relacionados com a locação ou aquisição do local de exercício da atividade, sede ou residência²⁴⁶.

Este dever pretende proteger os credores evitando que o património da sociedade seja reduzido e o seu incumprimento origina responsabilidade dos administradores.

Os administradores encontram-se escrutinados numa dupla perspetiva: por um lado podem ser responsabilizados por se apresentarem indevidamente à insolvência e, por outro, têm o dever de apresentação à insolvência²⁴⁷. No entanto, tal não significa que haja uma incoerência, o que temos é sim “um equilíbrio entre liberdades e direitos concedidos” e uma “consequente responsabilização pela escolha”, com o propósito de se evitar o recurso indevido ao processo insolvencial²⁴⁸. Apesar de tudo, se os administradores forem

²⁴⁵ Não existe dever de apresentação à insolvência quando se esteja perante uma situação de insolvência que advém do estabelecido no art. 3.º, n.º 2, CIRE, isto é, quando passivo é manifestamente superior ao ativo. Neste sentido, cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de...*, p. 33, nota 72, LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 140, MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 55, considerando este último autor que assim é devido ao “receio do legislador relativamente à situação de muitos balanços”, FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, p. 194 e cfr. ainda PRATA, Ana/CARVALHO, Jorge Morais/SIMÕES, Rui, *Código da Insolvência...*, p. 76, justificando que o regime está construído desta forma para que se evite o recurso desnecessário ao processo de insolvência por empresas que apresentem um passivo superior ao ativo, mas que ainda assim continuem a cumprir com regularidade as suas obrigações, uma vez que, é muito comum em Portugal a existência de empresas subcapitalizadas, mas que conseguem sobreviver através de suprimentos dos sócios e créditos de terceiros. Na jurisprudência, cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18.02.2014 (Barateiro Martins).

²⁴⁶ Cfr. arts. 18.º, n.º 3 e 20.º, n.º 1, alínea g), CIRE.

²⁴⁷ Cfr. o art. 18.º, CIRE.

²⁴⁸ Tal como adverte Teresa Nogueira da Costa, em “A responsabilidade...”, p. 25.

excessivamente responsabilizados pela dedução de um pedido infundado de insolvência poderão ser desincentivados a cumprir o seu dever de apresentação à insolvência²⁴⁹.

A consequência de o devedor ou aqueles a quem cumpre a apresentação à insolvência, ao abrigo do art. 19.º, CIRE, não respeitarem o prazo de que dispõem para se apresentarem à insolvência será a qualificação da insolvência como culposa, ao abrigo do art. 186.º, n.º 1 e n.º 3, alínea a), CIRE, o que resultará, na aplicação ao devedor e aos seus administradores de direito e de facto, das sanções previstas no art. 189.º, n.º 2, CIRE.

Uma dessas sanções será a estabelecida pelo art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE, assim sendo, o insolvente e os seus administradores, vêm-se obrigados a indemnizar, solidariamente, os seus credores na medida dos danos que lhes causarem por se terem atrasado ou por não terem de todo cumprido o dever de apresentação à insolvência. Neste seguimento, MENEZES LEITÃO²⁵⁰ e, em sentido próximo, CARNEIRO DA FRADA²⁵¹ consideram que existe a necessidade de se distinguir entre os credores que já o eram no momento em que surgiu o dever de apresentação à insolvência daqueles que apenas se tornaram credores num momento posterior, isto é, quando a insolvência já tinha ocorrido e o dever de apresentação à insolvência já se encontrava, consequentemente, incumprido. Em relação aos primeiros, o dano a indemnizar será aquele que resulta da frustração dos créditos que advém da agravação da situação patrimonial do insolvente num momento em que o devedor ou seus administradores deveriam ter apresentado a sociedade a insolvência²⁵², assim, MENEZES LEITÃO defende que o valor da indemnização será calculado fazendo a subtração entre o valor que os credores teriam recebido se o dever de apresentação à insolvência tivesse sido cumprido e aquilo que efetivamente receberam na liquidação final, em percentagem do valor dos créditos²⁵³. Relativamente àqueles que se tornaram credores num momento em que a apresentação à insolvência já deveria ter sido cumprida, porque a sociedade já se encontrava insolvente, é claro que se estes soubessem a real situação da sociedade não teriam celebrado qualquer contrato com a mesma, pelo que, a sua indemnização será pelos danos que sofreram exatamente por terem celebrado um contrato com a sociedade insolvente²⁵⁴, sem que esta situação lhes tenha sido dada a

²⁴⁹ Cfr. em sentido idêntico Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, p. 665.

²⁵⁰ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, pp. 141 e 142.

²⁵¹ Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, pp. 699-701.

²⁵² Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 141.

²⁵³ *Idem, ibidem*, p. 141.

²⁵⁴ *Idem, ibidem*, pp. 141 e 142.

conhecer. Assim, a indemnização será apenas pelo interesse contratual negativo, o que significa que estes credores não serão indemnizados pelos danos que resultaram do incumprimento contratual do insolvente, serão apenas colocados na situação que estariam se não tivessem celebrado qualquer contrato com a sociedade em causa²⁵⁵.

Se o administrador contratar com um credor quando a sociedade já se encontrava insolvente, sem a ter apresentado à insolvência e ocultando esta situação, este irá responder por dolo, devido ao dano que provoca pela celebração de um contrato prejudicial para o credor. Note-se que este dolo terá de ser provado, pois o 186.º, n.º 3 apenas estabelece uma presunção de culpa grave, na alínea a). Já a responsabilidade por negligência depende de situações específicas de acordo com o art. 79.º, CSC, pois implica o tal nexo direto entre o dano sofrido por terceiros e a conduta dos administradores²⁵⁶.

Em caso de incumprimento do dever de apresentação à insolvência, o administrador responde também pelos danos causados à sociedade e, neste caso, aplica-se a regra geral do art. 72.º, CSC segundo a qual basta a simples culpa para que o administrador tenha de indemnizar a sociedade²⁵⁷.

Tomando todos estes fatores em consideração, à partida, o devedor e os seus administradores terão vantagens em apresentar-se à insolvência, pois, estando obrigados a tal, a sua apresentação dentro do prazo faz com que não sofram as consequências que adviriam do incumprimento desta obrigação²⁵⁸.

No entanto, frequentemente, deparamo-nos com situações em que os administradores não se apresentam à insolvência devido ao receio que têm das consequências que a qualificação da insolvência como culposa possa produzir. Um fator atenuador deste receio poderá ser a possibilidade que se dá de a massa ser administrada pelo devedor, entenda-se, no caso, pelo próprio administrador²⁵⁹.

²⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 142 e cfr. também RIBEIRO, Maria de Fátima, “A responsabilidade dos administradores...”, p. 402.

²⁵⁶ Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, pp. 700 e 701.

²⁵⁷ *Idem, ibidem*, pp. 700 e 701.

²⁵⁸ No mesmo sentido, cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 59.

²⁵⁹ Cfr. SERRA, Catarina, “Os efeitos...”, p. 194.

4.2. Dever de apresentação à insolvência em caso de insolvência iminente?

A doutrina discute se existe ou não um dever de apresentação à insolvência quando a sociedade se encontra numa situação de insolvência iminente. Parte da doutrina considera que sim²⁶⁰, outra parte considera que não²⁶¹.

O que o art. 18.º, n.º 1 CIRE dispõe é que o devedor tem de se apresentar à insolvência quando se encontre em situação de insolvência, tal como esta é descrita pelo art. 3.º, n.º 1, CIRE e não pelo art. 3.º, n.º 4, CIRE. No entanto, estabelece o art. 3.º, n.º 4, CIRE que a situação de insolvência iminente deve ser equiparada à situação de insolvência atual, pelo que, consideramos que o devedor, neste caso o administrador da sociedade, tem o dever de a apresentar à insolvência quando esta se encontre em situação de insolvência iminente.

Ainda que, como SOVERAL MARTINS, não se considere que o argumento de que o art. 3.º, n.º 4, CIRE equipara a situação de insolvência iminente à situação de insolvência atual seja suficientemente forte e que, portanto, o administrador não tem o dever de apresentar a sociedade à insolvência quando esta esteja iminentemente insolvente²⁶², consideramos que é benéfico que exista este dever, pois tal pode evitar que a situação de insolvência se venha de facto a verificar e que os credores consigam satisfazer em maior medida os seus créditos.

Ainda assim, não deixamos de concordar que existe alguma contradição entre o art. 3.º, n.º 4, CIRE e o art. 18.º, n.º 1, CIRE, pelo que, invocamos a necessidade de o legislador corrigir esta situação de modo a apaziguar as divergências doutrinárias nesta matéria.

Poderá argumentar-se contra a nossa posição, dizendo-se que a apresentação à insolvência em caso de insolvência iminente, em vez de evitar a situação de insolvência, poderá agravá-la mais, na medida em que, a imagem da sociedade no mercado vai ser afetada. No entanto, como em caso de insolvência iminente, é mais provável que a sociedade fique, de facto, insolvente, não nos parece que este seja um argumento

²⁶⁰ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, pp. 84 e 85. Estes autores apresentam vários argumentos para que se entenda que o devedor tem também o dever de apresentação à insolvência em caso de insolvência iminente, entre eles: o n.º 4 do art. 3.º, CIRE equipara a insolvência iminente à atual; além do mais o legislador, ao proceder à reforma do CIRE pretendeu acabar com as situações que, a continuarem, apenas se traduziriam em malefícios, não só para os credores, mas também para o tráfego em geral.

²⁶¹ Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 32 e MENZES LEITÃO, cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, p. 142.

²⁶² Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 33.

aceitável, além de que, a apresentação atempada à insolvência permite que os credores vejam os seus créditos satisfeitos na totalidade, com maior probabilidade. Sobreponemos por isso a importância de resolução do problema ao seu arrastar que só tenderá a piorar a situação da sociedade e dos credores. No entanto, por não se poder afirmar com segurança quando se deve considerar que uma sociedade se encontra em situação de insolvência iminente, porque, como vimos, o legislador não o estabelece, apelamos a que este momento seja consagrado na lei.

É então muito importante que as empresas que se encontrem em situação de dificuldade económica deem, desde logo, essa situação a conhecer aos seus credores; o momento relevante deverá ser aquele em que tomam conhecimento de que, com grande probabilidade, não irão conseguir cumprir as suas obrigações²⁶³. Isto não se conseguirá com um regime que pretende a todo o custo punir os administradores, mas antes com regras que incentivem a apresentação atempada da empresa à insolvência. Assim, a solução do problema deverá passar pela prevenção adequada e não pela responsabilização dos administradores. Para tal, RUI PINTO DUARTE sugere que se torne o art. 18.º, CIRE mais exigente e preciso, bem como o art. 35.º, CSC e que o acesso a medidas de recuperação da empresa seja mais facilitado²⁶⁴.

Para dar cumprimento à prevenção da situação de insolvência, há ainda que diminuir os riscos a que os administradores estão expostos e que definir de forma clara quais são os seus deveres numa situação pré-insolvencial²⁶⁵.

Para reforçar a norma do art. 18.º, CIRE, RUI PINTO DUARTE propõe que o dever de se apresentar à insolvência surja num momento anterior ao que é agora estabelecido. Deste modo, sugere que, este surja assim que: haja mora superior a um mês no pagamento de IVA autoliquidado, IRS retido na fonte ou contribuição para a segurança social, qualquer que seja o valor em causa; se verifique mora superior a um mês no pagamento de quaisquer dívidas resultantes do contrato de trabalho; contra a empresa esteja em curso uma quantidade de execuções, propostas por exequentes diferentes, bastando-se o autor com três execuções e dois exequentes diferentes; seja muito provável que a empresa não consiga cumprir pontualmente as suas obrigações, a prazo²⁶⁶.

²⁶³ Neste sentido, cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Reflexões...”, p. 347.

²⁶⁴ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade...”, p. 154.

²⁶⁵ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Reflexões...”, p. 349 e RIBEIRO, Maria de Fátima, “A responsabilidade de gerentes...”, pp. 81 e 82.

²⁶⁶ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, “Reflexões...”, p. 352.

Poder-se-á sempre argumentar que o antecipar deste dever vai ser prejudicial para a situação da sociedade, pois, ao se apresentar mais cedo a insolvência, os administradores correm o risco de “manchar” a sua própria reputação e também a reputação da empresa, quando, afinal, pode nem existir uma razão para tal, o que pode efetivamente provocar uma situação de insolvência e uma enorme desconfiança por parte dos credores. Além de que, não nos podemos esquecer de que o administrador será também responsabilizado se apresentar a empresa indevidamente à insolvência, tal como estabelecido pelo art. 22.º, CIRE, mas apenas em caso de dolo. Apesar disto, consideramos que será mais benéfico tentar enfrentar a situação logo de início e não deixar que a mesma se arraste até um ponto em que nada mais haja a fazer, o que certamente irá deixar tanto a sociedade como os credores numa pior situação.

RUI PINTO DUARTE defende ainda que o critério de situação de insolvência exposto no art. 3.º, n.º 2, CIRE deve ser alterado, suprimindo-se a expressão “manifestamente”, o que implicaria que a sociedade se devesse considerar insolvente a partir do momento em que o seu passivo fosse superior ao seu ativo²⁶⁷.

Ainda que consigamos perceber a ideia deste autor, não podemos, com todo o respeito, concordar com ela, parecendo-nos a supressão do advérbio “manifestamente”, uma solução demasiado exagerada, que colocaria muitas das empresas portuguesas em situação de insolvência.

Certo é que as regras de responsabilização dos administradores necessitam de ser revistas²⁶⁸. A continuar por este caminho o desempenho das empresas não será tão eficiente²⁶⁹, devido às inibições a que os administradores estão sujeitos.

4.3. O art. 19.º, CIRE e a necessidade (ou não) de deliberação dos sócios

Como foi suprarreferido, em relação àqueles devedores que não sejam pessoas singulares, o dever de apresentação à insolvência recai sobre o órgão social incumbido da sua administração ou, caso não exista esse órgão social, sobre qualquer um dos seus administradores, por força do art. 19.º, CIRE.

²⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 352.

²⁶⁸ Neste sentido, Cfr. DUARTE, Rui Pinto “Reflexões...”, p. 350, nota 5.

²⁶⁹ Cfr. RAMOS, Maria Elisabete, “Riscos...”, p. 104 e RAMOS, Maria Elisabete, *O seguro...*, p. 173.

Surge então a questão de saber se a decisão de apresentar a sociedade à insolvência é do órgão de administração ou se, pelo contrário, este órgão apenas pode cumprir este dever se os sócios assim o deliberarem.

Na opinião de SOVERAL MARTINS, com a qual concordamos, o art. 19.º, CIRE dá a entender que, pelo menos a nível externo, a iniciativa é do órgão social de administração, pelo que este não terá de esperar pela deliberação dos sócios para se apresentar à insolvência, nem tão pouco deverá deixar de se apresentar à insolvência se os sócios deliberarem que a sociedade não deve ser apresentada à insolvência²⁷⁰.

Consideramos que esta é a opinião acertada, pois os administradores, se não cumprirem o seu dever de apresentação à insolvência, correm o risco de sofrer as consequências que advêm de a insolvência ser considerada culposa, que é o que poderá acontecer por força do art. 186.º, n.º 3, alínea a), CIRE, que faz presumir a existência de culpa grave de quem incumpe o dever de apresentação à insolvência.

No entanto, a nível interno podem surgir consequências para os administradores que apresentem a sociedade à insolvência sem que os sócios tenham deliberado nesse sentido, mas SOVERAL MARTINS considera tratar-se de um problema que deve ser apreciado e resolvido tendo em conta o caso concreto²⁷¹.

Em nossa opinião e também porque se os administradores não cumprirem este dever poderão ser responsabilizados pelo facto de a insolvência ter sido culposa, ao abrigo do art. 186.º, n.º 3, alínea a), CIRE, não fará sentido considerar ilícita a apresentação dos administradores à insolvência, ainda que não haja o consentimento dos sócios, isto significa que os sócios não podem determinar os administradores a não apresentarem a sociedade à insolvência e, caso os administradores o façam contra a vontade dos sócios, não estarão a praticar nenhum ilícito. Apesar de ser também este o entendimento de MARIA JOSÉ COSTEIRA, a autora chama à atenção, e com razão, para o caso de os administradores apresentarem indevidamente a sociedade à insolvência, caso em que estes já poderão ser responsabilizados perante a sociedade devedora e perante os seus credores se tiverem agido com dolo, tal como estabelece o art. 22º, CIRE²⁷².

²⁷⁰ Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 61. Este é também o entendimento de CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência...*, p. 199 e de PEDRO ALBUERQUE, cfr. ALBUERQUE, Pedro de, “Declaração...”, p. 517. FÁTIMA REIS SILVA tem uma opinião diferente, SILVA, Fátima Reis, “Algumas questões...”, pp. 65 e ss.

²⁷¹ Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 62.

²⁷² Cfr. COSTEIRA, Maria José, “A insolvência...”, p. 164.

Se estivermos perante uma sociedade comercial que se encontra insolvente ao abrigo da definição do art. 3.º, n.º 2, CIRE, isto é, porque o seu passivo é manifestamente superior ao ativo, SOVERAL MARTINS considera que iremos enfrentar mais uma dificuldade²⁷³, uma vez que, se o passivo é manifestamente superior ao ativo, mais de metade do capital social está perdido, de acordo com o estabelecido no art. 35.º, n.º 2, CSC, pelo que terá de se aplicar o art. 35.º, n.º 1, CSC que estabelece que os administradores devem requerer a convocação da assembleia geral, para que os sócios fiquem informados sobre a situação e decidam as medidas que se deverão tomar. Neste sentido, a questão que se coloca é se, estando os administradores obrigados a cumprir com o estabelecido no art. 35.º, n.º 1, CSC podem apresentar logo a sociedade à insolvência ou têm de esperar pela decisão que os sócios tomem na assembleia geral.

COUTINHO DE ABREU e CATARINA SERRA são da opinião de que o art. 35.º deve prevalecer e que, portanto, os administradores terão de convocar assembleia geral e esperar pela decisão que os sócios tomem²⁷⁴.

Não concordamos com esta opinião porque, mais uma vez, se os administradores não apresentarem atempadamente a sociedade à insolvência correm o risco de que a insolvência seja qualificada como culposa ao abrigo do art. 186.º, n.º 3, alínea a), CIRE e que, nesse seguimento, lhes sejam aplicadas as sanções previstas no art. 189.º, n.º 2, CIRE.

Este art. 19.º, CIRE também não é muito claro quando refere que a iniciativa de apresentar a sociedade à insolvência cabe “ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer dos seus administradores”. Os casos em que a iniciativa não cabe ao órgão social, mas antes a qualquer um dos seus administradores, ocorrem quando o devedor não tem órgão de administração ou quando este órgão não funciona porque já não tem um número de administradores suficiente²⁷⁵.

Vejamos agora um caso em que o órgão de administração funciona, no entanto, a sua deliberação é no sentido de não apresentar a sociedade à insolvência. Será possível que um administrador que votou para que a sociedade se apresentasse à insolvência, a possa efetivamente apresentar sozinho? SOVERAL MARTINS considera que não,

²⁷³ Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 62.

²⁷⁴ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de...*, vol. I, p. 141 e SERRA, Catarina, *O Regime...*, p. 38. Apesar de ser este o entendimento de COUTINHO DE ABREU, o autor adverte para a necessidade de conjugação dos regimes do CIRE e do CSC, parecendo fazer um apelo para que o legislador adote a mesma solução tanto num como noutro, cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Direito...”, p. 181.

²⁷⁵ Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso...*, p. 63.

argumentando que num caso como estes o administrador que tema a qualificação da insolvência como culposa e as consequências que daí advêm deverá cessar a sua relação com a sociedade unilateralmente²⁷⁶. Consideramos que a opinião deste autor não será a mais correta, pois os administradores tidos como relevantes para a qualificação da insolvência são aqueles que foram administradores durante os três anos anteriores ao início do processo de insolvência, aliás é o próprio autor que afirma que “A atuação dos administradores que é considerada relevante é tanto aquela dos que ainda são administradores à data da sentença de qualificação como os que já não o são”²⁷⁷.

Não faz qualquer sentido que, sendo as sanções do art. 189.º, n.º 2, CIRE aplicadas individualmente aos administradores do devedor, não lhes seja concedida a possibilidade de afastarem esta aplicação²⁷⁸. Só deste modo se consegue garantir que os administradores não correm o risco de sofrer as consequências da qualificação da insolvência como culposa, por não a terem apresentado atempadamente à insolvência²⁷⁹. Assim, o administrador não deverá ser julgado por qualquer tipo de ilicitude, uma vez que se encontra a cumprir um dever legal: o dever de apresentação à insolvência.

Concluindo, os administradores devem poder cumprir o seu dever de apresentação à insolvência mesmo quando não haja órgão, quando haja órgão, mas que este não se encontre em funcionamento e ainda quando o órgão funcione, mas delibere no sentido da não apresentação à insolvência.

4.4. Dedução de um pedido de insolvência infundado

Quando a sociedade se encontre em situação de insolvência, os administradores têm o dever de o comunicar²⁸⁰, pois caso não o façam serão responsabilizados, mas, por outro lado, os administradores podem também ser responsabilizados por terem deduzido um pedido infundado de insolvência, tal como estabelece o art. 22.º, CIRE. Este pedido infundado gera responsabilidade dos administradores, pois pode causar danos ao próprio devedor (sociedade insolvente) e também a terceiros. No entanto, ressalve-se que os administradores apenas serão responsabilizados se tiverem agido com dolo. Está aqui

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 63.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 363.

²⁷⁸ Também neste sentido, cfr. PIDWELL, Pedro, *O Processo...*, pp. 100 e 101.

²⁷⁹ Cfr. SANTOS, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial...*, pp. 214 e 215.

²⁸⁰ Este dever é designado como dever de apresentação à insolvência e encontra-se previsto no art. 18.º, CIRE.

presente uma lógica de proteção do bom nome ou do crédito que já encontrávamos no art. 484.º, CC, segundo o qual, quem ofenda este direito de outrem responderá pelos danos que cause.

Estabelece então o art. 22.º, CIRE que a dedução de um pedido infundado de declaração de insolvência ou a apresentação indevida à insolvência, em caso de dolo, geram responsabilidade pelos prejuízos causados ao devedor e aos credores.

Parte da doutrina²⁸¹ critica o facto de os administradores apenas responderem pelo pedido infundado de insolvência em caso de dolo, considerando que também deveriam ser responsabilizados quando atuam negligentemente.

Outra parte da doutrina²⁸², apela a que não se faça uma analogia entre dolo e culpa grave, a não ser que se consiga demonstrar que era vontade do legislador que essa analogia fosse feita.

²⁸¹ MENEZES LEITÃO, em *Direito da Insolvência*, p. 148 adota esta opinião, uma vez que, no âmbito da responsabilidade civil tanto se responde por dolo como por negligência, regra geral (art. 483.º, n.º 1, CC). Além do mais, no âmbito processual, a consequência aplicável a deduções de ações infundadas é também a da responsabilidade quer por dolo, quer por negligência (arts. 542.º, 374.º e 858.º, CPC). Fazendo o art. 22.º, CIRE referência a uma situação especialmente gravosa não fará sentido estabelecer-se uma menor responsabilização daquele que deduz um pedido infundado ou se apresenta indevidamente à insolvência. O autor considera que não existe nenhuma razão plausível para que os casos de negligência não sejam também abrangidos, defendendo, por tal razão, uma aplicação analógica do art. 22.º, CIRE aos casos de negligência grosseira, invocando o princípio da *culpa lata dolo equiparatur*. Em apoio desta posição, cfr. ALBUQUERQUE, Pedro de, *Responsabilidade*....pp. 153 e ss. MENEZES CORDEIRO em *Litigância*...., pp. 230 e ss. admite também a possibilidade de se responsabilizar os administradores pelo menos em caso de negligência grosseira.

²⁸² Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, pp. 657-665. CARNEIRO DA FRADA entende que o critério analógico não pode ser aplicado pois o legislador foi claro ao limitar a responsabilidade aos casos de dolo e que a única opção para a aplicar será o desenvolvimento *contra legem* do direito. O autor defende que está também excluída uma interpretação extensiva, pois não é possível encontrar um mínimo de semelhança verbal na letra da lei (cfr. o art. 9.º, n.º 2, CC). Rejeitando estas duas opções, CARNEIRO DA FRADA sugere que se faça uma redução teleológica do campo de aplicação do art. 22.º, CIRE, para que possam surgir regimes ou princípios mais favoráveis de responsabilidade. Esta restrição teleológica seria feita operando-se a divisão entre, por um lado, distinguir os problemas de responsabilidade tendo em conta os sujeitos envolvidos e, por outro lado, articulando esta distinção com a diferenciação entre responsabilidade aquiliana e contratual. O autor considera que este art. é uma norma que se encontra no plano delitual e, assim sendo, não existe uma proteção aquiliana geral dos interesses dos credores ou dos sócios referente a condutas negligentes, pois o direito delitual não protege genericamente “interesses patrimoniais puros em casos de mera negligência”, mas as condutas praticadas com dolo gozam indubitavelmente de proteção. No entanto, se o administrador se apresentar indevidamente à insolvência, o autor já admite que este possa ser responsabilizado em caso de negligência, mas, para tal, é necessário que entre o administrador e os lesados exista uma relação especial que impõe que o primeiro tenha de ter um particular cuidado e diligência para com os segundos. Diz o autor que, qualquer se seja a posição adotada, isto é, quer se defenda a responsabilidade limitada pelo dolo ou quer se defenda que também se deverá responsabilizar em caso de negligência, na prática, não haverá nenhum interesse por parte dos administradores em apresentar um pedido infundado de insolvência, tendo em conta as consequências desnecessárias que advirão dessa apresentação. Assim, à partida, a indevida apresentação à insolvência por parte do administrador será associada a um erro de avaliação.

O legislador é muito específico quando limita a responsabilidade aos casos de dolo²⁸³, pelo que, se ao interpretarmos a norma, estendermos a responsabilização a outros casos em que não tenha havido dolo, parece-nos que estamos a fazer uma interpretação *contra leggem*.

No entanto, apesar de ter sido esta a vontade do legislador e de não a podermos interpretar de outra forma, não concordamos com esta limitação aos casos de dolo, pois, também em caso de negligência, resultarão danos quer para os credores, quer para o devedor.

²⁸³ Cfr. a letra do art. 22.º, CIRE: “mas apenas em caso de dolo”.

Cap. V – A responsabilidade dos administradores perante os credores em situação de insolvência para além do art. 78.º, CSC

A responsabilidade pessoal dos administradores perante os credores numa situação de insolvência não se limita ao exposto no art. 78.º, CSC, havendo possibilidade de responsabilização para além dele. Destarte, numa situação de insolvência, surgem na esfera dos administradores deveres perante os credores que não encontramos no referido preceito. Por conseguinte, não se deve restringir o campo de aplicação do art. 64.º, n.º 1, alínea b), CSC ao art. 78.º, n.º 1, CSC no que diz respeito à relação entre credor e administrador²⁸⁴.

Haverá então também responsabilidade do administrador pela sua “palavra de honra”, isto é, o administrador será responsável por aquilo que diga e também o será quando invoque a sua qualidade de “perito” ao aconselhar os credores a contratar com a sociedade²⁸⁵, pelo que, entendemos, obviamente, que o administrador poderá ser responsabilizado quando incumpra o seu dever de verdade, induzindo os credores em erro.

Podemos relacionar este dever do administrador com o art. 171.º, n.º 2, CSC – que obriga o administrador a informar os possíveis credores da situação económico-financeira da sociedade quando o montante do capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social – e com o art. 227.º, n.º 1, CC – que faz recair sobre o administrador o dever de informar os credores acerca da situação de insolvência atual, iminente ou económica difícil da sociedade que administram.

PINTO OLIVEIRA considera que o dever pré-contratual de esclarecimento dos credores acerca da situação de insolvência iminente ou sobre a situação económica difícil da sociedade²⁸⁶ só existe nos casos em que o administrador tenha estabelecido com os credores alguma relação especial²⁸⁷, como acontece no caso em que o administrador invoque a sua qualidade de “perito”, fazendo com que os credores acreditem em si devido ao elevado grau de confiança que faz recair sobre si mesmo ou quando o administrador

²⁸⁴ Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A responsabilidade dos administradores perante os credores...”, p. 194.

²⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 196.

²⁸⁶ Relativamente ao dever de os administradores informarem os credores sobre a situação de insolvência atual da sociedade não resta qualquer dúvida.

²⁸⁷ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade...”, p. 229.

tenha um interesse pessoal no fecho do contrato²⁸⁸.

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO considera que o dever de esclarecimento dos administradores perante os credores só ocorre quando a sociedade se encontre em situação de insolvência atual²⁸⁹.

Não concordamos com estes autores, na nossa opinião, o administrador deverá estar também sujeito a um dever de não omitir ou de dizer toda a verdade acerca da situação de insolvência iminente ou da situação económica difícil em que se encontra a sociedade, mesmo que não tenha estabelecido com os credores um vínculo relacional especial. Se é verdade que a sociedade pode não entrar efetivamente em situação de insolvência, também é verdade que é muito provável que o contrário ocorra, pelo que, os credores devem estar cientes dos riscos que correm. Sem dúvida que os credores também deverão fazer o seu próprio “trabalho de casa” para averiguar a situação da sociedade com a qual pretendem celebrar um contrato, mas é muito provável que não consigam obter toda a informação relevante, por esta estar do lado da sociedade. Destarte, consideramos que os administradores devem ter um especial cuidado quando contratam e a sociedade se encontra numa das duas situações referidas, sob pena de não cumprirem o princípio da boa-fé que o art. 227.º, n.º 1, CC estabelece. Poderá argumentar-se que, sendo assim, o número de insolvências poderá crescer ainda mais pelo facto de a sociedade ter mais dificuldade em encontrar credores, no entanto, se a situação da sociedade que se encontra em insolvência iminente ou em situação económica difícil for ocultada dos credores, também estes poderão ficar insolventes por não verem os seus créditos satisfeitos, caso a sociedade fique mesmo insolvente, e, em consequência disso, pode acontecer que não consigam cumprir as obrigações a que podem estar adstritos perante os seus próprios credores, o que poderá gerar um número infindável de insolvência em cadeia.

Os administradores serão também responsáveis quando definam que a sociedade não irá cumprir os seus contratos²⁹⁰, sem qualquer justificação; entenda-se aqui que os administradores não estão a fazer com a sociedade incumpra contratos porque não pode ou não consegue cumpri-los, mas sim porque estes não querem a sociedade os cumpra.

Incide ainda sobre os administradores uma proibição de discriminação de

²⁸⁸ Que é o que ocorre quando o administrador seja simultaneamente sócio, quando tenha concedido crédito ou quando tenha concedido garantias pessoais ou reais à sociedade, cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade...”, p. 230.

²⁸⁹ Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima, “A responsabilidade dos administradores...”, p. 402.

²⁹⁰ Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro, “A responsabilidade dos administradores perante os credores...”, pp. 197 e 198.

credores²⁹¹ a partir do momento em que o crédito se encontra constituído, ou seja, o administrador não poderá escolher qual o credor perante o qual vai cumprir, tendo por base motivações pessoais. Assim, se os administradores escolherem arbitrariamente um credor perante o qual a sociedade vai cumprir as suas obrigações e, ao fazê-lo, provocarem danos nos credores que não foram escolhidos, serão responsáveis perante esses credores. Desta forma, podemos afirmar que recai sobre os administradores um dever de tratar de forma igual todos os credores, que lhes é imposto pelo art. 64.º, n.º 1, b), CSC²⁹², por se tratar de um dever que se reconduz à ponderação dos interesses dos credores.

CARNEIRO DA FRADA parece sugerir uma aplicação analógica do art. 72.º, n.º 2, CSC aos casos como o suprarreferido, considerando que “enquanto não se demonstrar que o tratamento desigual dos credores não correspondeu a um critério de racionalidade empresarial, nem visou vantagens pessoais do administrador, nem resultou de uma falta de ponderação de uma informação que ele devia ter considerado naquelas concretas circunstâncias (...) não haverá responsabilidade”²⁹³. Estamos aqui num caso de aplicação da *business judgment rule* a uma situação de responsabilização dos administradores perante os credores.

Note-se que, até à altura em que os administradores tenham o dever de apresentar a sociedade à insolvência, estes podem, em princípio, escolher quais os créditos que a sociedade deve primeiro cumprir, tendo em conta os interesses da própria sociedade. Não nos esqueçamos de que os administradores gozam, fora da situação de insolvência, de discricionariedade empresarial, podendo adotar risco empresarial, de modo racional, o que significa que podem, regra geral, apostar numa opção mais arriscada do que outra, se a primeira tiver um retorno maior do que a segunda.

Por fim, os administradores podem ser responsáveis pelo abuso de direito, que ocorre quando provoquem dolosamente algum dano a um ou a vários credores, por terem favorecido outro ou outros, o que se relaciona com a proibição de discriminação de credores; ou por terem induzido os credores em erro acerca da aptidão de a sociedade cumprir o contrato ou da prestação de esclarecimentos errados²⁹⁴, o que se relaciona com a responsabilidade do administrador pela sua “palavra de honra”.

²⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 198-200.

²⁹² *Idem, ibidem*, p. 199.

²⁹³ *Idem, ibidem*, p. 199.

²⁹⁴ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade...”, p. 235.

Conclusão

Findo o longo caminho que percorremos, cabe agora deixar claras as conclusões a que chegamos.

Como expusemos, as normas apresentadas no art. 186.º, n.º 2 e 3, CIRE levantam enormes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, pelo que apelamos a que o legislador as reveja e reformule. Enquanto tal não acontecer, consideramos que a interpretação mais correta e ponderada que poderemos fazer será a de ter de se provar o nexo de causalidade entre o comportamento adotado pelos administradores e a criação ou agravamento da situação de insolvência, em todas as alíneas, sob pena de, não o fazendo, assistirmos a tomadas de decisão diferentes perante casos semelhantes e ainda correndo o risco de vermos ser aplicados os efeitos gravosos do art. 189.º, n.º 2, CIRE a quem pode não ter causado nem agravado a situação de insolvência.

No âmbito da qualificação da insolvência como culposa, constatámos ainda que as normas de qualificação se resumem à punição indiscriminada de administradores pelo incumprimento dos seus deveres de gestão e lealdade, o que já resultava do CSC; no entanto, através do regime do CIRE que impõe os efeitos do art. 189.º, n.º 2, CIRE, os administradores poderão ser punidos injustamente, podendo até ocorrer o caso de, ainda que estes tenham incumprido os seus deveres, tenha sido outra a causa da origem ou do agravamento da insolvência.

Com o regime do CIRE o legislador pretendeu que os administradores fossem responsabilizados com vista a que as relações entre os agentes que atuam no tráfego fossem reparadas, não obstante, os efeitos estipulados no CIRE não são hábeis a atingir esse objetivo, pois apresentam-se como meramente punitivos e escassamente ressarcitórios. Do que nos servirá punir os administradores se tal em nada altera o mal que a insolvência da sociedade já produziu? Poderá dizer-se que, estabelecendo um regime punitivo, tal evitará que os administradores adotem condutas prejudiciais para a sociedade, mas, como vimos, apesar de o regime ser cada vez mais punitivo, o número de insolvências continua a aumentar, ou, pelo menos, a não diminuir como desejável.

Assim, o legislador terá de ter em conta duas variáveis: por um lado, terá que dissuadir os administradores de praticarem condutas que prejudiquem a sociedade, mas terá de o fazer com recurso a efeitos que realmente consigam atingir este objetivo e, por outro, tem de conseguir que o regime assuma um carácter ressarcitório. Deste modo conseguir-se-á alcançar os dois fins que consideramos ser os mais importantes: evitar que

a insolvência da sociedade ocorra, mas, se tal não for possível, garantir que as relações entre os agentes que atuam no tráfego são reparadas, de modo a garantir que a insolvência de uma sociedade não se irá traduzir na insolvência de outras.

Relativamente ao efeito apresentado na alínea e) do art. 189.º, n.º 2, CIRE, julgamos que este apresenta a regra de que a indemnização corresponderá ao montante dos créditos não satisfeitos e o n.º 4 a exceção, pelo que, o administrador pode alegar e provar que não há uma relação de condicionalidade entre o comportamento ilícito e o dano provocado nos credores, o que significa que, se o administrador não provar nem alegar que o seu comportamento não causou nenhum dano ou que causou um dano de montante inferior ao dos créditos não satisfeitos, devemos aplicar a alínea e) do n.º 2; mas se, o administrador provar e alegar que o seu comportamento não causou nenhum dano ou que o dano causado é inferior ao montante dos créditos não satisfeitos, devemos aplicar o n.º 4, cabendo ao juiz fixar o valor das indemnizações ou, caso tal não seja possível, fixar os critérios a utilizar para a sua determinação. Destarte, numa situação em que se pretenda aplicar o efeito do art. 189.º, n.º 2, alínea e), CIRE consideramos ser necessária a prova de uma dupla relação de causalidade: terá de se verificar uma relação de causalidade entre o comportamento do administrador e a situação de insolvência e terá também de se verificar uma relação de causalidade entre o comportamento desse mesmo administrador e os danos que se produziram na esfera dos credores.

Este efeito além de, como expusemos, não cumprir o seu propósito de prevenir a adoção de comportamentos que resultem ou agravem uma situação de insolvência, poderá nem sequer realizar o reforço da responsabilização dos administradores, uma vez que, é muito frequente os administradores não terem património, por o terem esvaziado antecipadamente.

Como vimos, a aplicação do CIRE pressupõe a sua coordenação com o CSC, pois em ambos os diplomas encontramos regras de responsabilização dos administradores. Consideramos que, pelo menos enquanto o incidente de qualificação da insolvência não fosse revisto, talvez fosse mais benéfico recorrermos apenas ao CSC, apresentado até este código mais alguma facilidade na responsabilização dos administradores, vejamos o caso de a responsabilidade societária apenas prescrever no prazo de cinco anos contados do termo da atuação ilícita e danosa ou do momento do seu conhecimento, enquanto ao abrigo do CIRE apenas podem ser responsabilizados os administradores que atuaram nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

No capítulo IV, deixámos claro que consideramos existir um dever de

apresentação à insolvência em caso de insolvência iminente, sendo este benéfico, na medida em que pode evitar que a situação de insolvência se venha de facto a verificar e que os credores consigam satisfazer em maior medida os seus créditos, o que é de extrema importância, uma vez que, também eles podem ter os seus próprios credores, perante os quais precisam de liquidar as suas dívidas, caso contrário poderemos assistir a um número incalculável de insolvências em cadeia. Sobreponho, deste modo, a importância de resolução do problema ao seu arrastar que só tenderá a piorar a situação da sociedade e dos credores.

No entanto, apelámos a que o legislador venha estabelecer o que se deve de facto entender por situação de insolvência iminente, de modo a apaziguar a contradição que se possa considerar existir entre o art. 3.º, n.º 4, e o art. 18.º, n.º 1, ambos do CIRE.

A principal conclusão nesta matéria é que é indispensável que as empresas deem o mais rapidamente possível a conhecer a sua situação de dificuldade económica, o que não se conseguirá com um regime que pretende simplesmente punir os administradores, mas com regras que incentivem a apresentação atempada à insolvência. Este sim consideramos ser o caminho certo a percorrer e o que eficazmente poderá prevenir as situações de insolvência e não o regime da qualificação da insolvência e dos consequentes efeitos que resultam da sua qualificação como culposa. Acreditamos que a solução do problema das insolvências está na prevenção e não na simples punição dos administradores.

Por último constatámos que a responsabilidade pessoal dos administradores perante os credores em situação de insolvência não se circunscreve ao referido no art. 78.º, CSC, havendo possibilidade de responsabilização para além dele. Neste sentido consideramos existir responsabilidade dos administradores pela sua “palavra de honra”, quando estes incumpram o seu dever de verdade, induzindo os credores em erro, o que julgamos ocorrer quando os administradores não informem os possíveis credores da situação económico-financeira da sociedade quando o montante do capital próprio da sociedade for inferior ou igual a metade do capital social ou quando os administradores não deem a conhecer aos credores a situação de insolvência atual, iminente ou economicamente difícil da sociedade. Neste sentido, afirmamos existir um dever especial de cuidado dos administradores quando contratam e a sociedade se encontra em alguma das situações referidas sob pena de não cumprirem o princípio da boa-fé a que estão adstritos. Por fim, considerámos ainda existir responsabilidade dos administradores quando estes determinem que a sociedade não irá cumprir os seus contratos, sem qualquer

justificação, bem como quando estes discriminem algum dos credores da sociedade a partir do momento em que o crédito se encontra constituído, provocando danos no(s) credor(es) que descriminaram, o que poderá ser relacionado com o abuso de direito.

Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de direito comercial*, vol. II — *Das sociedades*, Coimbra, Almedina, 2002 (3.^a reimpr. 2004).

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de direito comercial*, vol. I, 9.^a ed., Coimbra, Almedina, 2013.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Direito das Sociedades e Direito da Insolvência: interações”, in *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 181-192.

ALBUERQUE, Pedro de, “Declaração da situação de insolvência”, in *O Direito*, Coimbra, Almedina 137.º, 2005, III, pp. 507-525.

ALBUQUERQUE, Pedro de, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra, Almedina, 2006.

ALMEIDA, A. Pereira, *Sociedades comerciais*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades (Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurisocietária)*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2002.

ASCENSÃO, José Oliveira, “Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1995, pp. 319-352.

BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (da falência punitiva à insolvência reconstitutiva)*, Coimbra, Almedina, 2015.

BRANCO, José Manuel, “Qualificação da insolvência (evolução da figura)”, in *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 13-43.

CÂMARA, Paulo, *Conflito de interesses no direito societário e financeiro: um balanço a partir da crise financeira*, Coimbra, Almedina, 2010.

CARVALHO, Liliana Marina Pinto, “Responsabilidade dos administradores perante os credores resultantes da qualificação da insolvência como culposa”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 5, n.º 4, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 875-890.

CORDEIRO, António Menezes, *Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011.

CORREIA, M. Pupo, “Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos de administração”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, II, pp. 667-698.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2013.

COSTA, Ricardo, "Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*", in *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 49-86.

COSTA, Teresa Nogueira da, “A responsabilidade pelo pedido infundado ou apresentação indevida ao processo de insolvência previsto no artigo 22.º do CIRE”, in *Estudos de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 7-50.

COSTEIRA, Maria José, “A insolvência de pessoas coletivas – efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores”, in *Revista Julgar*, n.º 18, set-dez., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 161-173.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra, Coimbra Almedina, 2003.

DUARTE, Rui Pinto, “Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 131-150.

DUARTE, Rui Pinto, “Reflexões de política legislativa sobre a recuperação de empresas” in *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 347-360.

DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, in *III Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 151-173.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014.

FERNANDES, Luís Carvalho, “Efeitos substantivos da declaração de falência”, in *Direito e Justiça*, volume IX, Tomo 2, 1995, pp. 19-49.

FERNANDES, Luís Carvalho, “A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor”, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 81-104.

FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, 2.^a ed., Lisboa, Quid Juris, 2013.

FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II, Lisboa, 2006, pp. 653-702.

FRADA, Manuel A. Carneiro, “Sobre a obrigação de restituir dos administradores”, in *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 353-358.

FRADA, Manuel A. Carneiro, “A responsabilidade dos administradores perante os credores entre o Direito das Sociedades e o Direito da Insolvência”, in *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 193-202.

FREITAS, José Lebre de, “Pressupostos objetivos e subjetivos da insolvência”, in *Themis, – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 11-23.

GARCÍA-GRUGES, José Antonio, *Comentario de la Ley Concursal* (tomo II), org. ROJO, Ángel/BERLTRÁN, Emilio, Thomson, 2004.

LEITÃO, Adelaide Menezes, “Insolvência culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei 16/2012 de 20 de abril”, in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 269-283.

LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito da Insolvência*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017.

MAGALHÃES, Carina, “Incidente de Qualificação da Insolvência”, in *Estudos de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 99-145.

MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015.

NUNES, Pedro Caetano, *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, Coimbra, 2001.

NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão dos administradores nas sociedades anónimas*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011.

NUNES, Pedro Caetano, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 181-224.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa”, in *I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 198-255.

OLIVEIRA, Rui Estrela de, “Uma Brevíssima Incursão Pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência”, in *O Direito*, Coimbra, Almedina, 142.º, 2010, V, pp. 931-987.

PAIXÃO, José Pedro Silva, “Comentário ao acórdão da Relação de Lisboa de 22/01/2008 (relatora: Exma. Desembargadora Graça Amaral, processo n.º 10141/2007-7, in www.dgsi.pt): o incidente da qualificação da insolvência como culposa: o alcance das presunções de culpa contidas nos números 2 e 3 do artigo 186.º do código da insolvência e da recuperação de empresas”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 9, 2012, pp. 325-363.

PIDWELL, Pedro, *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

PRATA, Ana/CARVALHO, Jorge Morais/SIMÕES, Rui, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra, Almedina, 2013.

RAMOS, Maria Elisabete, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, Maria Elisabete, “A Insolvência da sociedade e a responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português”, in *Prima Facie, Revista de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, n.º 7, 2005, pp. 5-32.

RAMOS, Maria Elisabete, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra, Almedina, 2010.

RAMOS, Maria Elisabete, “Riscos de responsabilização dos administradores – Entre a previsão legislativa e a decisão jurisprudencial”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 7, Vol. 13, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 69-106.

RIBEIRO, Maria de Fátima, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela atuação na proximidade da insolvência da sociedade comercial”, in *O Direito*, Coimbra, Almedina, 142.º, 2010, I, pp. 81-128.

RIBEIRO, Maria de Fátima, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa” in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 391-413.

RIBEIRO, Maria de Fátima, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, vol. 14, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 69-109.

SANTOS, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial Português – Volume I – Dos Ato de Comércio às Empresas: o Regime dos Contratos e Mecanismo Comerciais no Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2004.

SERRA, Catarina, “Decoctor ergo fraudator?”: a insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções: acórdão da Relação do Porto 7.1.2018 proc. 4886/07), in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21 (Jan-Mar), 2008, pp. 54-71.

SERRA, Catarina, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – o problema da natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012.

SERRA, Catarina, “Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência”, in *Revista Julgar*, n.º 18, setembro, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 175-201.

SILVA, Fátima Reis, “Algumas questões processuais no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, in *Miscelâneas*, 2, Coimbra, IDET/Almedina, 2004, pp. 51-80.

SILVA, João Soares, “Responsabilidade civil dos administradores: os deveres gerais e a corporate governance”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 57, 1997, pp. 605-628.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2013.

Jurisprudência

Ac. do STJ, Proc. n.º 03B302, de 13.03.2003, Relator Luís Fonseca. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em outubro de 2018).

Ac. do STJ, Proc. n.º 242/09.3YRLSB.S1, de 31.03.2011, Relator Serra Batista. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em outubro de 2018)

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. n.º 1053/10.9TJCBR-K.C1, de 22.05.2012, Relator Barateiro Martins. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em novembro de 2018).

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. n.º 517/11.1TBGRD.C1, de 18.02.2014, Relator Barateiro Martins. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em dezembro de 2018).

Ac. do Tribunal da Relação de Évora, Proc. n.º 2375/07-2, de 18.12.2007, Relator Pires Robalo. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em outubro de 2018).

Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. n.º 44/11.7TBAMR-A.G1, de 28.06.2012, Relator Amílcar Andrade. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em novembro de 2018)

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 10141/2007-7, de 22.01.2008, Relatora Graça Amaral. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em novembro de 2018).

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 46/07.8TBSVC-O.L1-7, de 14.12.2010, Relator Luís Espírito Santo. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em novembro de 2018).

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º 0421960, de 30.11.2004, Relator Alziro Cardoso. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em outubro de 2018).

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º 0531186, de 17.03.2005, Relator Oliveira Vasconcelos. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em outubro de 2018).

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º 0723957, de 08.01.2008, Relator Carlos Moreira. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em outubro de 2018)

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, Proc. N.º 95/06.3TYVNG-E.P1, de 02.07.2009, Relator Evaristo Freitas Vieira. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em novembro de 2018).

Ac. Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º 1283/07.0TJPRT-AG.P1, de 10.02.2011, Relator Freitas Vieira. Disponível em www.dgsi.pt (visitado em novembro de 2018).

Índice

Introdução	8
Cap. I – Considerações gerais sobre a insolvência	10
1.1. Critérios para a definição da situação de insolvência	10
1.2. Legitimidade para o pedido de declaração de insolvência	13
1.3. Os efeitos da declaração de insolvência que recaem sobre os administradores	13
1.3.1. Os efeitos obrigatórios	16
1.3.1.1. Perda de poderes sobre os bens integrantes da massa insolvente	16
1.3.1.2. Obrigação de prestar informações	18
1.3.1.3. Obrigação de fixação de residência	20
1.3.1.4. Obrigação de apresentação	21
1.3.1.5. Obrigação de colaboração com o administrador da insolvência	21
1.3.1.6. Obrigação de entrega de documentos	22
1.3.1.7. Perda de direito à remuneração	22
1.4. O caso do direito a alimentos	24
1.5. Cessação dos efeitos da declaração de insolvência	25
Cap. II – A insolvência culposa	26
2.1. Dolo e culpa grave dos administradores	26
2.2. Insolvência culposa vs. insolvência fortuita	27
2.3. O incidente de qualificação da insolvência	28
2.3.1. As presunções do n.º 2	32
2.3.2. As presunções do n.º 3	36
2.3.3. A independência entre a ação de responsabilidade civil e penal e o incidente de qualificação da insolvência	37
2.3.4. Reflexões sobre as presunções do n.º 2 e do n.º 3	38
2.3.5. O incidente limitado de qualificação	40
2.3.6. As notificações e citação. As oposições	40
2.4. Os efeitos da qualificação da insolvência como culposa que recaem sobre os administradores	41
2.4.1. Inibição para a administração de património de terceiro	41
2.4.2. Inibição para o exercício de comércio e para a ocupação de alguns cargos	43
2.4.3. Perda de crédito e obrigação de restituição de bens ou direitos	44

2.4.4. Obrigação de indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios	45
Cap. III – Coordenação dos regimes do CSC e do CIRE na responsabilização dos administradores	51
3.1. Considerações gerais	51
3.2. Pressupostos da responsabilidade dos administradores no CSC	52
3.2.1. Responsabilidade dos administradores perante a sociedade	52
3.2.1.1. Dever de gestão	53
3.2.1.1.1. Regras sobre a isenção de responsabilidade dos administradores perante a sociedade	56
3.2.1.2. Dever de lealdade	58
3.2.2. Responsabilidade dos administradores perante os credores sociais	60
3.2.2.1. Regras sobre isenção de responsabilidade dos administradores perante os credores sociais	62
3.2.3. Responsabilidade dos administradores perante sócios e terceiros	62
3.2.3.1. Regras sobre isenção de responsabilidade dos administradores perante sócios e terceiros	63
3.2.4. Regime da obrigação de indemnização dos administradores no CSC	63
3.3. Pressupostos da responsabilidade dos administradores para com os credores no quadro da insolvência	63
3.4. Relevância da qualificação da insolvência como culposa	64
3.5. Semelhanças e diferenças entre os pressupostos da responsabilidade dos administradores para com os credores consoante a mesma se dê fora do quadro da insolvência ou no quadro dela	66
3.6. A legitimidade para responsabilizar os administradores para com a sociedade e para com os credores no quadro da insolvência	67
3.7. Coordenação do regime do art. 72.º, n.º 2, CSC com o art. 186.º, n.º 1, CIRE	68
3.8. Coordenação do regime do art. 78.º, n.º 1, CSC com o art. 3.º, n.º 1, CIRE	69
3.9. Algumas conclusões	71
Cap. IV – Dever de apresentação à insolvência	72
4.1. Considerações gerais	72
4.2. Dever de apresentação à insolvência em caso de insolvência iminente?	75
4.3. O art. 19.º, CIRE e a necessidade (ou não) de deliberação dos sócios	77
4.4. Dedução de um pedido de insolvência infundado	80

Cap. V – A responsabilidade dos administradores perante os credores para além do art. 78.º, CSC	83
Conclusão	86
Bibliografia	90